Die Haftung aus Nachlaßverwaltungsgeschäften des Erben vor der Separation.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Rudolf Jacob
Referendar.

◆

Druck von B. Berger, Brieg, Bez. Breslau, Äpfelstraße 2.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Bruck

Meinen Eltern

Inhalt.

A. Das Problem und seine Behandlung. . . . . .

B. Durch Verwaltungshandlungen des Erben entstehen Nachlaßverbindlichkeiten.

I. Ohne nähere Begründung: Böhm, Wilke, Münchmeyer. Jaeger, Siber . 1

II. Die Billigkeit erfordert die Entstehung einer Nachlaßverbindlichkeit (Borcherdt).

1. Regelung nach geltendem Recht. 1

2. Regelung de lege ferenda 1

III. Ausbau der Theorie.

1. Der Nachlaß ist ein Sondergut; wird in dessen Verwaltung gehandelt, dann muß er allein verpflichtet werden.

1 a Binder. — Gedankengang. 1

1 b Bemerkungen dazu,

a hinsichtlich der Beweiskraft seiner Ausführungen . . . 1

b hinsichtlich der Sondergutseigenschaft des Nachlasses . . . 1

1 c Koch 1

2. Vervollständigung der Darlegung durch Scheye.

a Nachlaßverbindlichkeiten sind im Gesetz nicht erschöpfend aufgezählt. 1

b § 1978 spricht für Nachlaßverbindlichkeiten. 1

3. Der Erbe handelt als Vertreter des Sondergutes (R. G. 62, 38 ff.)

3 a Verweisung auf R. G. 35, 418 ff. 1

3 b Neue Gründe:

a Der Erbe als Vertreter des Nachlasses. 1

b Hinweis auf die Motive 2

4. Gewisse Vorschriften des HGB. (§ 27 und § 139 IV) sollen auf Entstehung von Nachlaßverbindlichkeiten schließen lassen. (OLG. 62, 283 ff.). 2

IV. Bemerkung zur behandelten Theorie. 2

C. Durch Verwaltungshandlungen des Erben entstehen Privatverbindlichkeiten.

I. Nachlaß und Privatvermögen bilden eine Vermögenseinheit.

1. Eccius.

a. Regelung der Nachlaßverbindlichkeit im Gesetz. 22

b. Der Erbe handelt in eigener Angelegenheit. 22

c. Bemerkungen. 23

2. Maenner.

a. Einseitige und vertragsmäßige Haftungsbeschränkung . . . 23

b. Rechtliche Wirkung der Verwaltungshandlung und Separation. . 24

II. Für eine Nachlaßverbindlichkeit muß der Erbfall kausal sein (Wachsner). 25

III. Interessenabwägung (Zahn).

1. Die einzelnen Interessen.

a. Das Interesse des Gläubigers. 26

b. Das Interesse des Nachlasses, d. h. der auf ihn angewiesenen Nachlaßgläubiger. 27

c. Das Interesse des Erben. 27

d. Abwägung der Interessen. 28

2. Stützung der Beweisführung durch Berufung auf

a. den Wortlaut des Gesetzes, ... 28

b. die Absicht des Gesetzgebers. 29

3. Bemerkungen 29

D. Durch Verwaltungshandlungen des Erben können Privat- oder Gesamtverbindlichkeiten entstehen.

I. Vertreter:

1. Leonhard, Endemann. 31

2. Molitor. 31

II. Das Verhältnis dieser Ansichten zum vorliegenden Problem. . . . 32

E. Durch Verwaltungshandlungen des Erben entstehen Gesamtverbindlichkeiten.

I. Der Begriff „Nachlaßverbindlichkeit“ 32

II. Vertreter ohne nähere Begründung:

1. Kreß. 33

2. Strohal. 34

3. Riesenfeld. 35

III. Ausgestaltung der Strohal'schen Theorie (von Breska).
1. Vergleich des Erben mit dem Testamentsvollstrecker. 35
2. Tendenz der Behandlung von Nachlaßverwaltungshandlungen. . . . 36
IV. Die Doppelnatur der Verwaltungshandlung.
1. Crome 36
2. Kretzschmar 36
V. Praktische Erwägungen des Reichsgerichts.
1. Kernpunkt der Darlegung. 37
2. Beweisführung im einzelnen; für Entstehung von Nachlaßverbindlichkeiten — neben Privatverbindlichkeiten des Erben — spricht folgendes:
a. Der Nachlaß muß sowieso für Verwaltungsverbindlichkeiten aufkommen. 37
b. Der Erbe darf bei der Verwaltung des Nachlasses keinen Schaden leiden. 37
c. Der Erbe hat wegen Verwaltungshandlungen einen Ersatzanspruch gegen den Nachlaß 37
3. Bemerkungen:
a. Der Ersatzanspruch aus § 1978 und die Entstehung einer Privat- oder Nachlaßverbindlichkeit. 38
b. Schadensbewahrung des Erben beim Standpunkt des Reichsgerichts.
c. Einführung einer Art actio utilis de in rem verso. 38
VI. Die Entstehung einer Gesamtverbindlichkeit ergibt sich ferner . . . 39
1. aus dem Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltungshandlung als solcher. 40
2. Aus der Interessenabwägung. 40

F. Voraussetzung für die Begründung einer Gesamtverbindlichkeit ist lediglich ordnungsmäßige Verwaltung, doch keine Erkennbarkeit der Beziehung zum Nachlaß. 41

Literaturverzeichnis.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen BGB. II. Teil, 1903

Böhm, Das Erbrecht. 2. Auflage 1900

Borcherdt, Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten, im Arch. f. d. Ziv. Prax. Bd. 94, S. 197 ff.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7/8. Aufl. 1924.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. V. 1912.

Eccius, Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften der Erben in Verwaltung des Nachlasses, in Gruch. Beitr. 52, 812 ff.

Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners. 1880.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. III. Band. Erbrecht 8. und 9. Auflage 1920.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Erbrecht, 17./18. Auflage 1926.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle, Bügerliches Gesetzbuch 13. Auflage 1927.

Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht 1868.

ders. Deutsches Privatrecht. 1905.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.

Herzfelder, Besprechung von RG. 112, 129 in J. W., 1926, S. 1554.

Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1889.

ders. Besprechung v. RGE. v. 15. 11. 1909. i. L. Z. 1910, S. 153.

ders. Kommentar zur K. O. 5. Auflage 1916.

Katzenstein, Die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten. Dissertation Heidelberg, 1909.

Koch, Nachlaß und Nachlaßverbindlichkeiten. Diss. Rostock 1903.

Kreß, Die Erbengemeinschaft. 1903.

Kretzschmar, Erbrecht, 2. Aufl. 1913.

Leonhard, Bürgerliches Gesetzbuch. Erbrecht. 2. Auflage 1912.

Maenner, Die Haftung aus Rechtsgeschäften der Erben, in L. Z. 1922, S. 282.

Molitor, Vereinbarungen über die Erbenhaftung. i. Iherings Jahrb. 69, 603 ff.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. 1888.

Münchmeyer, Haftung des Erben und Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten, 1899

Planck, Kommentar zum BGB. Erbrecht. 4. Aufl. 1924.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs. 1899.

Recht, das 1910 Nr. 2575.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausg. v. Mugdan-Falkmann.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. 6. Auflage 1928.

Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem BGB. I. Band 1916.

Scheye, Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften in Verwaltung des Nachlasses, in Gruch. Beitr. 52, 808 ff.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.

Siber, Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im BGB., in Iherings Jahrb. Band 68, S. 148.

Soergel, Kommentar zum BGB. 3. Auflage 1926.

Sohm, Institutionen, 13. Aufl. 1908.

Staub, Kommentar zum HGB. 12./13. Auflage 1926.

Staudinger, Kommentar zum BGB. Erbrecht 9. Auflage 1926.

Strohal, Das deutsche Erbrecht, 2. Band, 3. Auflage 1904.

von Thur, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. I. Band 1910.

derf. Actio de in rem verso 1895.

Wachsner, Die Haftung des Erben für Geschäftsverbindlichkeiten aus der Schwebezeit des § 27 II, HGB., i. L. Z. 1910, S. 381 ff.

Warneyer, Kommentar zum BGB. II. Band 1927.

Wilke, Die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten. Berlin 1898.

Zahn, Die Haftung aus Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses. Dissertation Göttigen 1910.

A.

Ein Erbe läßt das schadhafte Dach des Hauses, das ihm der Erblasser hinterlassen hat, ausbessern. Soll der Erbe die Möglichkeit haben, die Haftung aus dem Vertrage mit dem Dachdecker auf den Nachlaß, hier das ererbte Grundstück, zu beschränken; oder soll er auch mit seinem übrigen Vermögen, das er ohne Rücksicht auf den Erbfall besitzt, haften, oder schließlich gar nur mit diesem Vermögen?

Diese Frage ist bis in die neueste Zeit hinein der Gegenstand lebhafter Erörterungen gewesen. Schon hier sei bemerkt, daß es sich um eine ordnungsmäßige Verwaltungshandlung des Erben handeln muß. Im anderen Falle ist man sich nämlich darüber einig, daß lediglich das Privatvermögen des Erben haftet. Ferner ist vorausgesetzt, daß die betreffende Verwaltungshandlung vor einer etwaigen Separation (z. B. durch Nachlaßkonkurs) des Nachlasses vorgenommen wird; denn nach der Separation hat der Erbe kein Verfügungs- und Verwaltungsrecht mehr über den Nachlaß. Unverkennbar hat sich nunmehr eine dieser drei Ansichten zur herrschenden durchgerungen. Zunächst mag es nicht ganz ersichtlich sein, warum man über die Frage der Haftung im vorliegenden Falle streiten konnte, wenn man folgende Erwägung anstellt:

Geht jemand eine Verbindlichkeit ein, so haftet er dafür in der Regel mit seinem ganzen Vermögen. Von den Ausnahmen bei gesetzlicher (vgl. § 1412 BGB.) oder vertraglicher Haftungsbeschränkung soll hier abgesehen werden. Geht also ein Erbe eine Verbindlichkeit ein, so haftet er ebenfalls dafür mit seinem ganzen Vermögen. Dies muß auch dann gelten, wenn der Erbe in Verwaltung des Nachlasses eine Verbindlichkeit eingeht. Bei Anwendung dieses Grundsatzes ergibt sich folgendes: Geht ein Miterbe in Verwaltung des Nachlasses eine Verbindlichkeit ein, so haftet dafür nur sein „Privat-Vermögen", d. h. das Vermögen, das er sowieso, ohne Eintritt des Erbfalls, besitzt. Denn der Nachlaß kann nicht sein „Vermögen" sein, da er ihm nicht gehört. Eigentümer nämlich des Nachlasses ist die Erbengemeinschaft als solche. — Begründet dagegen ein Alleinerbe eine Verbindlichkeit in Verwaltung des Nachlasses, dann haftet dafür das Privatvermögen und der Nachlaß. Denn der Alleinerbe ist Eigentümer des Nachlasses; und daher gehört der

Nachlaß ebenfalls zu seinem Vermögen. Der Gläubiger eines Miterben hätte demnach nur Zugriff auf dessen Privatvermögen, der eines Alleinerben auf Privatvermögen und Nachlaß. Es hätte nun wenig im Wege gelegen, die Haftung aus Verwaltungshandlungen des Erben in der Tat so zu regeln. Wenn es auch unbillig erscheinen mag, daß dem Gläubiger in dem einen Falle ein geringeres Haftungsobjekt zur Verfügung steht als in dem anderen, so hätte doch diese Erwägung allein keinesfalls an dem gewonnenen Ergebnis irre machen dürfen. Denn die Rechtsordnung ist nicht dazu da, das im Verkehr nun einmal vorhandene Risiko des Gläubigers vollkommen auszuschalten. Der Grund, weswegen die Entscheidung bei Verwaltungshandlungen des Alleinerben wenig brauchbar ist, mag vielmehr im folgenden liegen: Solange Privatvermögen und Nachlaß eine Einheit bilden, wird es den Beteiligten genügen zu wissen, daß das Vermögen des Alleinerben schlechthin haftet. Wenn aber eine Trennung beider Vermögensmassen (z. B. durch Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs) eintritt, dann wird die Sache kritisch. Jetzt muß sich die Natur einer Verbindlichkeit herausstellen, jetzt muß es sich entscheiden: Kann die Haftung für eine Verbindlichkeit auf den Nachlaß beschränkt werden, so daß das Privatvermögen ihretwegen nicht angegriffen werden darf, entsteht m. a. W. eine Nachlaßverbindlichkeit (z. B. Kosten der Bestattung gem. § 1968 BGB.) — oder kann im Gegensatz dazu der Nachlaß wegen einer Verbindlichkeit nicht angegriffen werden, so daß lediglich das Privatvermögen haftet, entsteht also eine Privatverbindlichkeit (z.B. Schadensersatz aus einer unerlaubten Handlung, Spielschuld)? Aus diesem Grunde ist es daher von Wichtigkeit zu wissen, ob durch eine Verwaltungshandlung eines Alleinerben eine Nachlaß- oder eine Privatverbindlichkeit entsteht. Bei Beantwortung dieser Frage hätte nun folgendes nahegelegen: Unzweifelhaft entsteht einerseits durch die Verwaltungshandlung eines Miterben lediglich eine Privatschuld. Anderseits ist es zweifelhaft, ob man durch die Verwaltungshandlung eines Alleinerben eine Nachlaß- oder Privatverbindlichkeit entstehen lassen soll. Nun liegen beide Fälle wirtschaftlich annähernd gleich, und es wäre durchaus angemessen, man käme in bezug auf die Haftung auch rechtlich zu dem gleichen Ergebnis; d. h. man ließe die sich beim Miterben ganz klar ergebende Privatverbindlichkeit auch beim Alleinerben entstehen. Dieser Weg ist, so nahe er liegen mag, nicht eingeschlagen worden, auch — soweit es sich feststellen ließ — von keinem Vertreter der Theorie, daß aus einer Verwaltungshandlung des Erben Privatschulden entstehen. Vielmehr scheint man — unbewußt — den umgekehrten Weg gegangen zu sein: statt das unzweifelhafte, beim Miterben gewonnene Ergebnis auch im wirtschaftlich gleichen Falle des Alleinerben eintreten zu lassen, schloß man umgekehrt von dem völlig offenen Ergebnis beim Alleinerben

darauf, daß das Ergebnis beim Miterben auch ungewiß und vollkommen offen sein müsse. Nur so ist es zu verstehen, daß man sowohl den einen wie den anderen Fall als Problem ansah.

Dieses Problem: Womit haftet der Erbe, wenn er in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eine Verbindlichkeit eingeht, ist in dreifacher Weise zu lösen versucht worden: Nach der einen Ansicht soll nur eine Privatverbindlichkeit entstehen; andere behaupten, daß lediglich eine Nachlaßverbindlichkeit begründet werde, und die Dritten schließlich wollen eine sogenannte „Gesamt"verbindlichkeit entstanden wissen. Sie verstehen darunter eine Verbindlichkeit, für die sowohl das Privatvermögen des Erben als auch der Nachlaß haftet. An einer Behandlung dieses Problems hat es nicht gefehlt. Doch geschah sie meist gelegentlich einer andern Streitfrage mit der dadurch gebotenen Kürze. An einer Zusammenstellung der einzelnen Meinungen und ihrer Würdigung mangelt es bisher; ja, einzelne Meinungen sind zwar mitunter von gegnerischer Seite als unrichtig bezeichnet worden, ohne daß aber auf sie näher eingegangen worden ist. Und doch kann ein Verständnis und ein Ergebnis nur aus einer Zusammenstellung und einer Besprechung der verschiedenen Ansichten gewonnen werden. In der folgenden Abhandlung soll eine kurze Darstellung und Würdigung dieser drei Theorien versucht werden.

B.

Bald nach Veröffentlichung des Bürgerlichen Gesetz-Buches im Jahre 1896 tauchte die Frage auf, wie es mit der Haftung steht aus Verbindlichkeiten, die der Erbe in Verwaltung des Nachlasses vornimmt. Das Problem war allerdings noch unbestimmt formuliert und wurde zunächst — wenn überhaupt — nur höchst flüchtig behandelt.

I.

Schon zu Anfang fehlt es nicht an Stimmen, die aus der Verwaltungshandlung des Erben eine Nachlaßverbindlichkeit entstehen lassen wollen. So schreibt Wilke,[1]) daß zu den Verbindlichkeiten, die den Erben als solchen treffen, auch die Kosten für die Verwaltung des Nachlasses gehören. Auch Böhm[2]) ist der Ansicht, daß die „aus der Geschäftsbesorgung des Erben den Gläubigern erwachsenden Ansprüche als zum Nachlaß gehörig gelten." Ebenso sagt Jaeger[3]) in bezug auf Geschäftsverbindlichkeiten, die der Erbe

[1]) a. a. O. S. 3

[2]) a. a. O. S. 347.

[3]) Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs S. 4. Jaeger neigt allerdings später zur Gesamtverbindlichkeit. K. O. Anm. 7 zu § 226—29, 1914 S. 514.

eines Handelsgeschäfts nach dem Erbfall eingeht, daß er für sie nicht ohne weiteres persönlich aufzukommen hat; im Gegenteil: „Lag die Eingehung der neuen Verbindlichkeit im Interesse des fortbetriebenen Geschäfts, so hat für sie der beschränkt haftende Erbe überhaupt nicht einzustehen." Auch Münchmeyer[1]) zählt zu den Nachlaßverbindlichkeiten „neu eingegangene Verbindlichkeiten aller Art". Nicht ganz eindeutig ist die Stellungnahme Sibers.[2]) Er sagt zwar, daß dem Erben die Befugnis, Schuldverträge unmittelbar zu Lasten des Nachlasses zu schließen, nicht zu versagen ist. Doch läßt er nicht mit Sicherheit erkennen, ob er darunter die Befugnis des Erben versteht, bei Verwaltungshandlungen die Haftung vereinbarungsgemäß auf den Nachlaß zu beschränken, oder ob er meint, daß gegebenenfalls nur Nachlaßverbindlichkeiten ohne jede Vereinbarung entstehen. Kennzeichnend für diese frühesten Meinungen ist es, daß sie meist einer Begründung entbehren. Man hatte es sozusagen noch nicht nötig, sich um eine Begründung zu bemühen; denn noch war alles völlig offen.

II.

Auch bei Borcherdt[3]) wird noch eine nähere Begründung vermißt.

1. Freilich steht dieser auf dem Standpunkt, daß nach BGB. diejenigen Verbindlichkeiten, welche der Erbe bei Verwaltung des Nachlasses eingeht, nicht als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen seien. Denn die Nachlaßverbindlichkeiten seien nach ihm im BGB. erschöpfend geregelt. Und Verbindlichkeiten aus Verwaltungshandlungen des Erben seien im Gesetz als Nachlaßverbindlichkeiten nicht erwähnt.[4]) Nach Borcherdt ergibt sich folgendes: Der Alleinerbe begründet, weil er den Nachlaß mit seinem Privatvermögen in einer Hand vereinigt, persönliche, — d. h. anscheinend „Privat" — schulden. So richtig an sich diese Behauptung als Konsequenz daraus ist, daß die Nachlaßverbindlichkeiten im Gesetze erschöpfend geregelt seien, so unrichtig erscheint die beigegebene Begründung. Denn ergibt sich nicht — wie schon in der Einleitung erwähnt — daraus, daß der Erbe den Nachlaß mit seinem Privatvermögen in einer Hand vereinigt, gerade die Begründung einer „Gesamt"-schuld? Daß die nach Borcherdt sich aus dem BGB. ergebende Regelung unbillig sei, wird an einem Beispiel gezeigt: Der Erbe eines Handelsgeschäfts schafft neue Waren an. Diese fallen gem. § 2041 BGB. in den Nachlaß. Wird nun z. B. gem. § 27 HGB. der Geschäftsbetrieb eingestellt und Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt, dann fallen die neuangeschafften Waren in die Konkursmasse, während der Erbe für die Warenschulden

[1]) Münchmeyer, a. a. O.
[2]) Siber, a. a. O. S. 148
[3]) a. a. O. S. 197 ff.
[4]) a. a. O. S. 198.

ausschließlich persönlich haftet und nur auf einen Ersatzanspruch gegen den Nachlaß angewiesen ist. (§ 1978 III BGB, § 224 Ziff. 1 K O.)[1])

Auch der Miterbe haftet nach Borcherdt nur persönlich.[2]) Er kann, weil die Verbindlichkeit eine Last des gemeinschaftlichen Gegenstandes ist, nach § 748 BGB. anteilige Kostentragung von den Miterben verlangen. Soll die Schuld nach außen hin berichtigt werden, so ergibt sich daraus für den Erben gem. § 2042 in Verbindung mit § 756 BGB. lediglich die Befugnis, bei Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, daß die Schuld, soweit sie von den anderen Miterben zu tragen ist, aus demjenigen Teil des gemeinschaftlichen Gegenstandes berichtigt wird, der auf die anderen Miterben entfällt. Nun ist es möglich, daß infolge einer Ausgleichungspflicht der auf die anderen Miterben entfallende Anteil so gering ist, daß er zur Deckung nicht ausreicht. Dadurch aber wird der verwaltende Miterbe geschädigt.

2. Es ist bemerkenswert, daß Borcherdt seine Ansicht, es müßten bei Verwaltungshandlungen des Erben nur Nachlaßverbindlichkeiten entstehen, lediglich damit begründet, daß diese Regelung der Billigkeit mehr entspreche. Noch bemerkenswerter aber ist, daß ihm kaum jemand widersprach, daß sich Widerspruch vielmehr erst dann regte, als andere den von Borcherdt gezeigten Weg einschlugen und ihrerseits versuchten, die ausschließliche Entstehung von Nachlaßverbindlichkeiten mit juristischen Konstruktionen zu begründen. Diese Tatsache mag schon hier betont werden; denn die Berufung auf die Billigkeit kehrt bei Behandlung dieses Problems immer wieder und spielt auch bei vorliegender Abhandlung eine wichtige Rolle. De lege ferenda soll nach Borcherdt, handelt ein Alleinerbe, eine Nachlaßverbindlichkeit entstehen. Sind mehrere Erben vorhanden, so ist wie folgt zu unterscheiden: Wird die Verbindlichkeit von allen eingegangen, dann soll eine Nachlaßverbindlichkeit entstehen; wird sie nur von einem Erben begründet, dann entstehen „Rechte und Pflichten nur zwischen dem Gläubiger und dem kontrahierenden Miterben,"[3]) d. h. anscheinend nur „Privat"-verbindlicheiten. Die anteilige Tragung im Innenverhältnis soll aber nach Borcherdt in einer für den kontrahierenden Miterben günstigeren Weise geregelt werden, indem „der Gesetzgeber in § 2046 BGB. das Gebot der Vorwegberichtigung auf Erbschaftslasten, welche nicht Nachlaßverbindlichkeiten sind, ausdehnte".[4])

III.

Der einmal von Borcherdt ins Rollen gebrachte Stein kam nicht mehr zu Ruhe. In der Folgezeit ist verschiedentlich versucht worden, die Theorie weiter auszubauen, wobei es nicht an heftigen

[1]) a. a. O. S. 199.
[2]) a. a. O. S. 200 ff.
[3]) a. a. O. S. 200
[4]) a. a. O. S. 201.

Widersprüchen gefehlt hat. Eine Rolle bei der Behandlung des Problems spielt der Satz: Der Nachlaß ist ein Sondergut.

1a Grundlegend in dieser Hinsicht sind die Darlegungen Binders.[1]) Auch er geht wie Borcherdt davon aus, daß der Erbe in Verwaltung des Nachlasses anscheinend zunächst eigene Verbindlichkeiten begründe, und zwar folgert Binder dies aus „den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes" und ferner aus einem Vergleich zwischen dem Erben, der ausschlägt, und dem, der Erbe bleibt. Binders Gedankengang ist dabei folgender: Der ausschlagende Erbe kann ebenso wie der Nachlaßpfleger und der Testamentsvollstrecker Ansprüche, die ihnen auf Grund ihrer Geschäftsführung gegen den endgültig annehmenden Erben zustehen, im Konkurse als Masseschuld geltend machen. (§ 224 Ziff. 6 K. O.) Diese Ansprüche werden durchweg als Nachlaßverbindlichkeiten angesehen. Ferner sind Masseschulden und daher Nachlaßverbindlichkeiten die Verbindlichkeiten aus den von einem Nachlaßpfleger oder einem Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäften (§ 224 Ziff. 5 K. O.) Nicht aber sind Nachlaßverbindlichkeiten die Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des ausschlagenden Erben. Dieser wird vielmehr nur persönlich verpflichtet. Hieraus will Binder folgern, daß auch der endgültige Erbe sich nur persönlich verpflichten kann. Diese Konsequenz Binders ist aber durchaus abzulehnen. Wenn man etwas für die Haftung aus einem Vergleich zwischen dem ausschlagenden und dem endgültigen Erben folgern wollte, so wäre es nur dies, daß der endgültige Erbe, der ja seine Beziehung zum Nachlaß nicht verliert, diesen mindestens mitverhaften könnte, im Gegensatz zu dem ausschlagenden, dessen Beziehung zum Nachlaß mit rückwirkender Kraft gelöst wird. (§ 1953 I. BGB.) Gegen die Ansicht, daß der endgültige Erbe nur Privatverbindlichkeiten begründet, kann nach Binder[2]) auch nicht geltend gemacht werden, daß im Augenblick der Separation der Erbe als Verwalter eines fremden Vermögens behandelt wird und daß er ebenso wie der Nachlaßverwalter durch Rechtsgeschäfte nur den Nachlaß haftbar machen müsse. Dies kann deswegen nicht gefolgert werden, weil der Erbe — anders als z. B. der Nachlaßverwalter, „Subjekt des Nachlasses ist und bleibt". Ebensowenig kann man nach Binder zu einem anderen Ergebnis kommen, wenn man die Zeit vor und nach der Separation vergleicht und etwa sagt: Nach der Separation kann der Erbe auf keinen Fall den Nachlaß mit einer Verbindlichkeit belasten, doch wird er dies vor der Separation können.[3])

Aus der Auffassung nun, der Erbe begründet bei Verwaltung des Nachlasses nur eigene (Privat)-verbindlichkeiten, ergibt sich nach

[1]) a. a. O. S. 34 ff.
[2]) a. a. O. S. 35, 36.
[3]) a. a. O. S. 37

Binder folgendes „auffallende und unbefriedigende Ergebnis“: Besorgt der Erbe selbst die Beerdigung des Erblassers, dann haftet er aus den in Besorgung der Beerdigung geschlossenen Verträgen persönlich. Besorgt dagegen eine außenstehende dritte Person die Beerdigung, dann sind ihre Ersatzansprüche gegen den Erben „Nachlaßverbindlichkeiten“. Das erste Ergebnis scheint Binder nicht angängig, denn es verstößt gegen den Wortlaut von § 1968.[1]) Nach diesem sollen die Kosten der Beerdigung Nachlaßverbindlichkeiten sein, was man übrigens auch schon daraus ersehen kann, daß die betreffende Vorschrift im BGB. unter dem Titel „Nachlaßverbindlichkeiten“ steht. Dazu sei bemerkt: Gesetzt den Fall, man stimmt der Behauptung Binders zu, durch Verwaltungshandlungen des Erben entstehen zunächst anscheinend nur Privatverbindlichkeiten, dann braucht man trotzdem aber gerade in dem von Binder angeführten Beispiel der Beerdigungsbesorgung nicht zu seinem „auffallenden und unbefriedigenden“ Ergebnis zu kommen. Denn gerade für diesen Fall gibt der § 1968 BGB. eine ausdrückliche Regelung: Der Nachlaß haftet auf jeden Fall. Von geringerer Bedeutung in diesem Zusammenhange ist die Frage, ob der Nachlaß allein, oder ob auch außerdem der abschließende Erbe persönlich haftet. Diese Frage soll weiter unten in anderem Zusammenhange behandelt werden. Jedenfalls haftet im Beerdigungsfalle immer der **Nachlaß.** Insoweit fehlt also den Ausführungen Binders gewissermaßen die Daseinsberechtigung. Sie behalten aber Interesse, wenn man von dem von Binder gerade unglücklich gewählten Beispiele absieht und seine Ausführungen ganz allgemein auf im Gesetze nicht ausdrücklich geregelte Verwaltungshandlungen bezieht.

Nachdem nun Binder so den Satz aufgestellt hat: Der Erbe kann durch im eigenen Namen geschlossene Rechtsgeschäfte nur sich selbst verpflichten (soll wohl heißen: nur sein Privatvermögen), fährt er in seiner Darlegung fort: Es muß untersucht werden, ob dieser Satz wirklich ausnahmslos Geltung hat im Hinblick auf das bei der Beerdigungsbesorgung durch den Erben gewonnene unbefriedigende Ergebnis.[2]) Als Grundsatz gilt nun: Der im eigenen Namen Kontrahierende verpflichtet sich selbst. — Man muß in fremdem Namen handeln, um nicht sich, sondern einen anderen zu verpflichten. Eine Folge dieses Grundsatzes ist, daß es unmöglich sei, durch Rechtsgeschäft eine bestimmte einzelne Vermögensmasse (ein Sondergut) zu belasten und das übrige Vermögen von der Haftung zu befreien. Wie aber die Behandlung der Sondergüter des Familien-, Handels- und Seerechts zeigt, gibt es von dieser Folgerung eine ganze Anzahl Ausnahmen.[3]) Man braucht nunmehr nur noch nachzuweisen, daß

[1]) a. a. O. S. 38.
[2]) a. a. O. S. 40.
[3]) a. a. O. S. 41.

auch der Nachlaß ein solches Sondergut ist. Dieser Beweis dürfte glücken.[1]) Der Erbe kann also, auch wenn er im eigenen Namen handelt, den Nachlaß und zwar allein verpflichten. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn er zu einer Handlung verpflichtet ist,[2]) und dies trifft auf ordnungsmäßige Verwaltungshandlungen zu mit Rücksicht auf die etwaige Verantwortung des Erben den Nachlaßgläubigern gegenüber. (§ 1978 I. BGB.) — Soweit die Beweisführung Binders in den Hauptzügen. Unzweifelhaft sind die letzten Ausführungen der Angelpunkt der ganzen Darlegung, ebenso unzweifelhaft aber kann gerade ihnen nicht unwidersprochen bleiben. Es ist nämlich nicht ersichtlich, warum aus dem Grundsatz: Der im eigenen Namen Kontrahierende verpflichtet sich selbst, — man muß im fremden Namen handeln, um nicht sich, sondern einen andern zu verpflichten, warum daraus folgen soll, daß es unmöglich ist, durch Rechtsgeschäft eine bestimmte einzelne Vermögensmasse, ein Sondergut also, (und nur dieses) zu belasten. Offenbar stellt sich Binder das Sondergut als eine Art besonderes Rechtssubjekt vor. Denn sonst ist es überhaupt nicht zu erklären, daß er im Zusammenhange mit dem Sondergut von einem Handeln in fremdem Namen spricht. Anderseits aber lehnt er gerade ein Handeln in fremdem Namen ab mit dem Hinweise darauf, daß niemand inbezug auf sein eigenes Vermögen in fremdem Namen handeln kann. Wenn aber das Sondergut zum „eigenen" Vermögen gehört, dann folgt doch schon eben daraus, daß man es — von gewissen Ausnahmen abgesehen — durch Rechtsgeschäft belasten kann, und es bedurfte erst nicht des Umweges, den Binder macht.

1 b. *a.* An dem Gedankengang Binders: Sondergüter sind besonderer Haftung fähig, der Nachlaß ist ein Sondergut, folglich ist er besonderer Haftung fähig, — ist das neue die zum Schluß[3]) mit Nachdruck gemachte Behauptung, daß bei Verwaltungshandlungen des Erben immer nur Nachlaßverbindlichkeiten entstehen. Und gerade für dieses Neue ist er einen durchschlagenden Beweis schuldig geblieben. Soweit er zwar behauptet und beweist, daß die Beerdigungskosten aus § 1968 Nachlaßverbindlichkeiten seien, ist ihm beizustimmen allerdings mit der Bemerkung, daß es dafür, als einem im Gesetz ausdrücklich geregelten Fall, keines Beweises bedurft hätte. Wenn er aber ganz allgemein aus jeder Verwaltungshandlung des Erben Nachlaßverbindlichkeiten entstehen lassen will, dann fehlt hierfür jeder Beweis. Auch die Behauptung, daß die Annahme der Erbschaft den Erben nicht schädigen soll,[4]) mag zwar einen richtigen Kern enthalten, ist aber in dieser allgemeinen Form nicht geeignet, für Binders Ansicht eine Stütze abzugeben.

[1]) a. a. O. S. 41—44.
[2]) a. a. O. S. 45.
[3]) a. a. O. S. 45 ff.
[4]) a. a. O. S. 46.

b. Nicht ganz abzulehnen sind dagegen seine Ausführungen über die Sondergutseigenschaft des Nachlasses.[1]) Doch soll gleich bemerkt werden, daß mit der Feststellung allein, der Nachlaß sei ein Sondergut, für das vorliegende Problem wenig gewonnen ist. Das Sondergut ist eine Vermögensmasse, die von dem übrigen Vermögen desselben Subjekts abgeschlossen und einer besonderen wirtschaftlichen Entwickelung fähig ist.[2]) Daß dies auf den Nachlaß *nach* erfolgter Absonderung zutrifft, ist allgemein anerkannt. Ob man ihm aber auch schon *vorher* Sondergutseigenschaft zuerkennen kann, ist nicht unbestritten. Binder bejaht diese Frage. Denn die rechtliche Individualisierung werde durch die Person des Erblassers, nicht des Erben bewirkt.[3]) Außerdem sei im BGB. die Sondergutseigenschaft schon vor der Trennung dadurch anerkannt, daß aus dem Erwerbe mit Mitteln des Nachlasses durch den Vorerben (§ 2111) und durch den Erbschaftsbesitzer (§ 2019) dingliche Surrogation eintrete.[4]) Gierke erkennt ebenfalls dem Nachlaß schon vor der Trennung Sondergutseigenschaft zu.[5]) Auch Herzfelder will den Erben schon vor der Separation wie einen Verwalter fremden Vermögens behandelt wissen.[6]) Von Tuhr dagegen scheint einen besonderen Trennungsakt zu fordern,[7]) eine Ansicht, die auch Hellwig energisch vertritt.[8]) Riesenfeld schlägt einen Mittelweg ein:[9]) Beim Alleinerben soll zwar Nachlaß und Eigenvermögen zu einer Einheit verschmelzen, in Ansehung der Verwaltung aber die Sondernatur des Nachlasses fortdauern. Bei der Erbenmehrheit ist nach Riesenfeld der Nachlaß ohne weiteres als Sondergut zu betrachten. Auch Cosak[10]) hält grundsätzlich an der Verschmelzung beider Vermögensmassen fest, sagt aber, daß die Einheitlichkeit zahlreiche Ausnahmen erleide. Alles zusammenfassend wird man den Nachlaß auch schon vor der Trennung in gewisser Weise als eine Art Sondergut ansehen können. Es soll aber wiederholt werden, daß damit für die Beantwortung des vorliegenden Problems nicht viel gewonnen ist.

1 c. Zu demselben Ergebnis wie Binder kommt Koch.[11]) Er schließt sich im großen ganzen Binder an und hebt u. a. einen Gesichtspunkt hervor, der später in RG. 62. 38 ff. wiederkehrt: Zwar ist der Erbe Subjekt des Nachlasses. Doch ist er, falls Separation eintritt, für die bisherige Verwaltung des Nachlasses verantwortlich

[1]) a. a. O. S. 42 ff.
[2]) Gierke, Genossenschaftsrecht, II, § 5 III 2. v. Tuhr, I. § 19 1, S, 331.
[3]) S. 42.
[4]) S. 43.
[5]) Gierke, Privatrecht II, § 104, S. 58.
[6]) J. W. 1926, S. 1544.
[7]) Allg. Teil I, § 19, S. 331.
[8]) Anspruch, § 33, II, S. 237.
[9]) a. a. O. S. 57.
[10]) II. § 408, III, 1 und 2 S. 766.
[11]) a. a. O. S. 30 ff.

und kann für Aufwendungen Ersatz verlangen. Seine Stellung ist daher vom Erbfall bis zur Separation nicht als die eines Subjekts, sondern vielmehr ähnlich der eines Verwalters fremden Vermögens anzusehen. Dazu soll weiter unten Stellung genommen werden.

2 a. Die Theorie Binders ist in gewisser Weise durch Scheye[1] ausgebaut. Dieser setzt sich vor allem auch mit der Frage auseinander, ob die Nachlaßverbindlichkeiten im Gesetz, d. h. im § 1967 ff BGB. erschöpfend aufgezählt seien, und dies mit gutem Grund, denn man muß erst dies verneinen, wenn man überhaupt die Frage, entstehen durch Verwaltungshandlung des Erben Nachlaßverbindlichkeiten, mit Recht behandeln will. Während noch Borcherdt[2]) die Aufzählung in den §§ 1967, 1968, 1969 als erschöpfend ansieht und daraus de lege lata den Schluß zieht, durch Verwaltungshandlungen können keine Nachlaßverbindlichkeiten entstehen, ist Scheye gerade entgegengesetzter Meinung.[3]) Seiner Ansicht nach handeln die betr. Paragraphen nur von solchen Nachlaßverbindlichkeiten, die zur Zeit der durch Verschmelzung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben eingetretenen unbeschränkten Haftung des Erben schon vorhanden sind, nicht aber von den Verbindlichkeiten, die erst in der Folgezeit begründet werden. Aus § 1984 I 3, der allgemein von Ansprüchen, die sich gegen den Nachlaß richten, spricht, ergäbe sich vielmehr, daß der Begriff weiter zu fassen sei. Hierin ist Scheye beizustimmen. Denn daß es solche Verbindlichkeiten, die erst nach dem Erbfall begründet werden, tatsächlich gibt, ist aus der allgemein herrschenden Ansicht zu entnehmen, nach welcher u. a. auch die Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des Nachlaßverwalters und Testamentsvollstreckers (§ 224 Ziff. 5 K. O.) als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen sind.[4]) Demnach ist die Aufzählung der §§ 1967, 1968, 1969 keinesfalls als erschöpfend anzusehen.

b. Daß nun in der Tat nur Nachlaßverbindlichkeiten durch Verwaltungshandlung des Erben entstehen, soll aus § 1978 folgen.[5]) Hierin wird dem Erben den Nachlaßgläubigern gegenüber ein bestimmtes Maß von Verantwortlichkeit für die bisherige Nachlaßverwaltung auferlegt. „Diese Verantwortlichkeit", sagt Scheye, „hätte sonst — d. h. wenn Privatverbindlichkeiten entständen — wenig Sinn."[6]) Scheye meint also ungefähr, es ist überflüssig, jemanden mit Verantwortlichkeit für Handlungen zu belasten, aus denen er sowieso selbst haften muß. Dieser Begründung kann nicht unwidersprochen bleiben: Es ist sehr wohl möglich, daß der Erbe aus der

[1]) a. a. O. S. 806 ff.
[2]) a. a. O. S. 198.
[3]) a. a. O. S. 809.
[4]) Staudinger, Erbrecht 1928, S. 160.
[5]) a. a. O. S. 809.
[6]) Ähnlich schon Binder a. a. O. S. 40.

Verwaltungshandlung selbst verpflichtet ist, und trotzdem den Nachlaßgläubigern gegenüber für diese in bestimmtem Umfange verantwortlich ist. Man denke sich folgendes:

Der Erbe hat mit einem Dritten einen Vertrag abgeschlossen, er hat z. B. von ihm in Verwaltung des Nachlasses eine Anzahl Wertpapiere gekauft. Diese fallen bedeutend im Kurse. Das hätte der Erbe, wenn er nur die geringste Sorgfalt angewandt hätte, voraussehen müssen. Der Nachlaß schrumpft auf einen Bruchteil seines früheren Wertes zusammen. Hier läßt sich die persönliche Verpflichtung des Erben zur Zahlung des Kaufpreises der Wertpapiere sehr wohl mit einer Verantwortung für den Nachlaßverfall den Nachlaßgläubigern gegenüber vereinbaren. Scheye scheint zu übersehen, daß man zwischen Haftung gegenüber dem Dritten aus dem Vertrage und der Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern aus entsprechender Anwendung der Vorschriften über den Auftrag oder die Geschäftsbesorgung ohne Auftrag zu unterscheiden hat. In ähnlicher Weise, nähmlich auch aus § 1978 und zwar aus I hatte schon Binder die Entstehung von Nachlaßverbindlichkeiten zu beweisen versucht, indem er ungefähr folgendes sagte:[1]) Persönliche Verbindlichkeiten können nicht entstehen; denn wäre dies der Fall, dann erfüllte der Erbe gegebenenfalls nur seine eigenen Verbindlichkeiten und ein Erstattungsanspruch dafür wäre undenkbar. Hiergegen bemerkt Zahn[2]) mit Recht, „daß die Gestaltung des externen Verhältnisses nicht über das interne Verhältnis entscheidet."

3. Von einer anderen Seite, aber noch im Rahmen der Binder'schen Theorie von dem Nachlaß als Sondergut, sucht das R. G. in 62, 38 ff. dem Problem beizukommen.

3a. Es verweist zwar zunächst auf eine Entscheidung in 35, 418 ff. Dort heißt es ohne jede Begründung: „Nachlaßgläubiger i. S. des § 28 Z. P. O. sind irgendwelche Personen, die allererst gegen den Erben als solchen einen Anspruch erlangt haben. Dies liegt nun allemal da vor, wo in Betätigung der Verwaltung des noch ungeteilten Nachlasses oder zum Zwecke der Regulierung desselben mit dem fraglichen Gläubiger kontrahiert worden ist, möglicherweise von den Erben selbst". Dann aber fügt das R. G. doch dieser bloßen Behauptung einige Gründe bei mit dem Bemerken, daß Zweifel für die Richtigkeit dieser Entscheidung „einerseits in den Grundsätzen des Obligationenrechts über Stellvertretung bezw. Handeln in eigenem Namen liegen, anderseits in der scharfen Separation des Nachlaßvermögens von dem Eigenvermögen des Erben." —

3b. *a.* Daß diese Bedenken aber unerheblich seien, begründet das R. G. wie folgt: Obwohl der Erbe Subjekt des Nachlasses ist

[1]) a. a. O. S. 40.
[2]) a. a. O. S. 36.

und bleibt, wird er mit Rücksicht auf die Separation beider Vermögensmassen als Verwalter des — gewissermaßen fremden — Nachlaßvermögens behandelt. Als solcher Verwalter handelt er im Bereich der Nachlaßverwaltung als Vertreter des Nachlasses, geht für den Nachlaß als Sondervermögen in der Zeit vor der Separation Verpflichtungsgeschäfte ein und „begründet insofern Nachlaßverbindlichkeiten". Hiergegen ist insbesondere mit Eccius[1]) und Maenner[2]) geltend zu machen, daß der Erbe nicht als Vertreter des Nachlasses handeln kann und zwar aus folgenden Gründen: Rechte und Verbindlichkeiten können nur für eine rechtsfähige — natürliche oder juristische — Person entstehen, sei es, daß die Person das Rechtsgeschäft selbst vornimmt, sei es, daß sie sich dabei vertreten läßt. Der Nachlaß aber ist nicht rechtsfähig, er ist nicht Rechtssubjekt, sondern Rechtsobjekt. Von einer Vertretung des Nachlasses durch den Erben kann daher keine Rede sein. Zwar wird mitunter, z. B. von Hellwig,[3]) die Ansicht vertreten, daß der Nachlaß nicht nur ein Rechtsobjekt sei, aber dies auch nur in der Hand des Testamentsvollstreckers und Nachlaßverwalters. Außerdem geht selbst Hellwig nicht soweit zu behaupten, daß der Nachlaß in diesem Falle juristische Person werde.

b. Für die Behauptung, daß der Erbe für den Nachlaß als solchen kontrahieren könne, beruft sich das R. G. ferner auf die Motive, Bd. 5, S. 603. An der betreffenden Stelle heißt es sinngemäß: Gewisse Verbindlichkeiten wie z. B. die aus Rechtsgeschäften des Testamentsvollstreckers oder Nachlaßpflegers treffen den Erben als solchen. Für die anderen, welche nicht unter diese Art fallen, haftet er persönlich, falls er nicht etwa bei Eingehung des Geschäfts sich die beschränktere Haftung vorbehalten hat. Der Erbe hat also die Möglichkeit, nur für den Nachlaß als solchen zu kontrahieren. Das mag alles seine Richtigkeit haben. Aber es muß nochmals betont werden: Es handelt sich gar nicht um die Frage, ob der Erbe vertragsmäßig seine Haftung auf den Nachlaß beschränken kann, — das dürfte unbestritten sein, — es handelt sich vielmehr darum, ob der Erbe, auch wenn bei Vertragsabschluß kein Wort davon erwähnt würde, gegebenenfalls die Haftung auf den Nachlaß beschränken kann, mit andern Worten, ob gewissermaßen ganz von selbst eine Nachlaßverbindlichkeit entsteht. Bei dieser Formulierung scheinen allerdings nunmehr die Ausführungen des R. G. 62, 38 ff. für das Problem erheblich an Bedeutung verloren zu haben, da bei R. G. 62, 38 ff. offenbar von der Voraussetzung ausgegangen wird, daß der Erbe Haftungsbeschränkung vereinbart habe.

4. Daß nicht nur bei vertragsmäßiger Haftungsbeschränkung, sondern auch schon dann, wenn die Beziehungen mit der Verwaltung

[1]) a. a. O. S. 564 ff.
[2]) a. a. O. S. 283.
[3]) Anspruch, § 33 II, S. 237.

des Nachlasses aus den Umständen ersichtlich sind, nur Nachlaßverbindlichkeiten entstehen, wird in O. L. G. 62, 285 behauptet. Man könnte hier gewissermaßen von einer nicht voll entwickelten, steckengebliebenen Vereinbarung über die Haftungsbeschränkung sprechen. Es geht aber zu weit, einem solchen nicht erklärten Willen derartige Wirkungen beizulegen, da die Rechtssicherheit darunter leiden würde. Mit Recht wird (O. L. G. 65, 257) darauf hingewiesen, daß es „nicht Sache des Lieferanten sein könne, den Besteller zu fragen, in welcher Eigenschaft er bestelle, ob er etwa Erbe sei, und die Ausschlagungsfrist noch laufe, ob er einen Nachlaß verwalte und für diesen bestelle". Auch eine Berufung auf § 27 H. G. B., gemäß dem der Erbe unter Umständen nicht unbeschränkt zu haften braucht, ist verfehlt; denn hier handelt es sich um die Haftung für schon vorhandene Schulden, — für die der Erbe gewissermaßen nichts kann — nicht aber um die Haftung für vom Erben selbst begründeten Verbindlichkeiten.[1]) Ebenso geht es nicht an, die Behauptung, durch Verwaltungshandlungen des Erben entstehen nur Nachlaßverbindlichkeiten, auf § 139 IV HGB. zu stützen. Dort ist gesagt, daß der Erbe eines Gesellschafters, wenn er innerhalb einer gewissen Frist aus der Gesellschaft ausscheidet, für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts haften soll. Wie Zahn[2]) richtig ausführt, hat diese Bestimmung mit Verwaltungshandlungen des Erben nicht viel zu tun und ist nur aus den besonderen Verhältnissen einer OHG. zu verstehen.

IV.

Rückblickend kann wohl gesagt werden, daß es kaum jemanden gelungen ist, befriedigend nachzuweisen, daß durch ordnungsmäßige Verwaltungshandlungen des Erben lediglich Nachlaßverbindlichkeiten entstehen. Auch folgende Überlegung zeigt, daß es kaum billig und praktisch wäre, wenn tatsächlich Nachlaßverbindlichkeiten entständen: Der Vertragsgegner des Erben — immer vorausgesetzt, daß weder die Natur des Rechtsgeschäfts als Nachlaßverbindlichkeit erkennbar ist, noch daß vollends vertragsmäßige Haftungsbeschränkung vorliegt — wird selten wissen, ob es sich um eine ordnungsmäßige oder nichtordnungsmäßige Verwaltungshandlung, ja ob es sich überhaupt um eine solche handelt. Er könnte je nachdem einmal nur aus dem Nachlaß, einmal nur aus dem Privatvermögen des Erben Befriedigung suchen. Es geht aber nicht an, daß der Gläubiger, der vielleicht grade im Vertrauen auf die persönliche Leistungsfähigkeit seines Vertragsgegners abgeschlossen hat, sich plötzlich auf den vielleicht ganz minderwertigen Nachlaß verweisen lassen muß.

[1]) So auch OLG. 65, 258.
[2]) a. a. O. S. 39, 40.

C.

Im Gegensatz zur eben behandelten Theorie steht die Ansicht, nach der aus Verwaltungshandlungen des Erben nur Privatverbindlichkeiten des Erben entstehen. Sie hat vornehmlich die Meinung von der Entstehung von Nachlaßverbindlichkeiten bekämpft und zwar mit gutem Erfolg. Darin ist ihr Hauptverdienst zu sehen. In ihren Begründungen ist sie reichhaltiger als ihre Gegnerin.

I.

Während von der eben besprochenen Theorie immer die Sondergutseigenschaft des Nachlasses betont wird, legen einige Vertreter der nun zu behandelnden Theorie gerade darauf Wert, daß Nachlaß und Erbenvermögen eine Einheit bilden.

1a. Eccius[1]) z. B. tut dies auch. Er geht zwar zunächst nicht davon aus, daß die Nachlaßverbindlichkeiten im Gesetz erschöpfend aufgezählt seien, wie es noch Borcherdt tut.[2]) Denn damit wäre — wenn er wie Borcherdt dieses gerade bejahte — die Streitfrage erledigt gewesen, und es hätte keines Beweises mehr bedurft. Den Ausführungen von Eccius kann vielmehr entnommen werden, daß es über die ausführliche Aufzählung im Gesetze hinaus noch Nachlaßverbindlichkeiten gäbe. Ob im Einzelfall solche vorliegen, lasse sich nur aus dem Zusammenhange der Vorschriften ersehen. Seiner Meinung nach aber könne man nun aus dem Zusammenhang der Vorschriften **nicht** entnehmen, daß durch Verwaltungshandlungen des Erben Nachlaßverbindlichkeiten begründet würden.

b. Daß vielmehr lediglich Privatverbindlichkeiten des Erben entstehen, soll sich nach Eccius aus folgendem ergeben[3]): Der Nachlaß gehört dem Erben wie sein eigenes Vermögen. Was er in Verwaltung des Nachlasses tut, tut er in eigener Angelegenheit. Er verwaltet im Nachlasse sein eigenes Vermögen. Von einem Handeln in fremdem Namen — etwa im Namen eines personifizierten Nachlasses — kann keine Rede sein. Auch ein Vergleich mit dem Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker, die durch ihre Verwaltungshandlungen Nachlaßverbindlichkeiten begründen, ist nicht angebracht.

[1]) a. a. O. S. 564 ff.
[2]) a. a. O. S. 198.
[3]) a. a. O. S. 566.

Die Verwaltungshandlung des Erben bleibt Handeln in eigener Sache. — Soweit kann Eccius ohne Vorbehalt zugestimmt werden. Nun aber scheint sich nach Eccius schon aus diesen Tatsachen ohne weiteres zu ergeben, daß durch Verwaltungshandlungen lediglich Privatverbindlichkeiten begründet werden. Jedenfalls ist ein anderer Beweis für seine Behauptung nicht zu ersehen.

c. Hierin kann aber Eccius auf keinen Fall gefolgt werden. Zum besseren Verständnis seiner Ausführungen muß man sich folgendes vor Augen halten: Unzweifelhaft verneint Eccius die Entstehung einer Nachlaßverbindlichkeit. Zweifelhaft aber ist es, ob nach ihm zunächst eine Gesamtverbindlichkeit — Verbindlichkeit des Nachlasses und des Privatvermögens — oder ob schon von vornherein nur eine Privatverbindlichkeit entsteht. Jene erste Ansicht wäre nach den Ausführungen von Eccius eigentlich näherliegend. Denn folgt sie nicht zwingend aus den Behauptungen von Eccius, der Nachlaß gehört dem Erben wie sein eigenes Vermögen, die Verwaltungshandlung ist Handeln in eigener Sache? Dann aber müßte, wenn Separation eintritt, diese — wie Scheye[1]) sagt — die Kraft haben, den Nachlaß frei von aller Verbindlichkeit dem Erben zu entwinden. Andernfalls wäre „das Handeln in eigener Sache" eben keines gewesen. Vielmehr müßte man dann gerade anders als Eccius annehmen, daß der Nachlaß ein dem Erben fremdes Vermögen gewesen sei. Eine derartige Wirkung kann außerdem der Separation nicht beigemessen werden. — Bliebe noch die andere Möglichkeit, daß der Erbe von vornherein nur das Privatvermögen belastet. Dafür aber hat Eccius höchstens eine Behauptung, aber keinen Beweis aufgestellt. An dieser Beurteilung des Kernpunktes der Ausführungen kann auch nichts dadurch geändert werden, daß nach Eccius aus der von ihm bekämpften Ansicht — der Entstehung von Nachlaßverbindlichkeiten — unter Umständen recht unerfreuliche Folgerungen gezogen werden müssen. Denn es soll sich ja hier jedenfalls in erster Linie darum handeln: Warum ist die von Eccius aufgestellte Theorie richtig, und nicht darum: Warum ist die von Eccius bekämpfte Theorie falsch!

2a. Ähnlich sind die Gedanken Maenners.[2]) Er betont zunächst ganz richtig, daß ein Handeln in fremdem Namen, im Namen des Nachlasses nämlich, nicht in Frage kommen könne, da der Nachlaß nicht Rechtssubjekt, sondern Rechtsobjekt sei. Er bilde, solange er nicht von dem übrigen Vermögen des Erben gesondert sei, einen unselbständigen Teil des Vermögens des Erben. Er fährt dann weiter fort:[3]) Der Erbe kann seine schuldrechtliche Haftung aus Rechtsgeschäften nicht einseitig auf den Nachlaß beschränken. Das

[1]) a. a. O. S. 808.
[2]) a. a. O. S. 282 ff.
[3]) a. a. O. S. 283.

ist richtig. Es bedarf in diesem Falle einer Vereinbarung. Aber auch dadurch kann keine Nachlaßverbindlichkeit begründet werden. Auch das ist — so merkwürdig es zunächst klingen mag — richtig; denn, so fragt man sich, warum soll man vereinbarungsgemäß keine „Nachlaßverbindlichkeit" begründen können. Man geht dabei offenbar davon aus, daß vertragsmäßige Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß gleichbedeutend mit Nachlaßverbindlichkeit sei. Das ist mit Eccius[1]) und Maenner[2]) aber abzulehnen. In dem einen Fall handelt es sich um eine Verbindlichkeit, deren Haftung vertragsmäßig von vornherein auf den Nachlaß beschränkt ist, im anderen Falle um eine solche, deren Haftung kraft Gesetzes unter Umständen auf den Nachlaß beschränkt werden kann. Wirtschaftlich mag kein großer Unterschied sein, rechtlich muß aber beides scharf geschieden werden. Jeder Fall also, bei dem eine vertragsmäßige Haftungsbeschränkung vorliegt, hat nichts mit einer Nachlaßverbindlichkeit zu tun und scheidet für vorliegende Betrachtung aus. Es ist also nochmals zu betonen, daß eine Nachlaßverbindlichkeit nie **vereinbart** werden kann, ebensowenig wie man etwa bei einem Mietvertrage vereinbaren kann, daß es sich um einen Kauf handle; eine Nachlaßverbindlichkeit ist vielmehr etwas, was ohne jede Vereinbarung kraft Gesetzes beim betreffenden Vertragsabschlusse entsteht.

b. Da die Frage, ob eine Nachlaßverbindlichkeit vorliegt, meist im Falle der Separation praktisch und erkennbar wird, fragt Maenner, wie in einem solchen Falle die Wirkungen der von einem Erben in Verwaltung des Nachlasses abgeschlossenen Geschäftes zu beurteilen sind. Er führt fast wörtlich folgendes aus:[3]) „Die rechtlichen Wirkungen der von ihm (nämlich dem Erben) vorgenommenen Rechtsgeschäfte bleiben (d. h. im Falle einer Separation) unverändert .. Die Verbindlichkeiten, die bei seiner Wirtschaftsführung erwachsen sind, fallen dem Erben zur Last. In Frage kann nach Absonderung des Nachlasses nur kommen, ... inwieweit er nach den Vorschriften über den Auftrag Ersatz für Aufwendungen, also Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten oder Ersatz (§ 257 BGB.) verlangen kann." Nach Maenner also hat eine Separation auf die Rechtsnatur der Verbindlichkeit keinen Einfluß. Sowohl vor wie nach der Separation ist eine Verbindlichkeit aus der Verwaltungshandlung des Erben eine Privatverbindlichkeit. Aber gerade die Frage bleibt auch bei Maenner offen, warum eine Privatverbindlichkeit entsteht. Unbeantwortet bleibt es vor allem, wie die Entstehung von Privatverbindlichkeiten damit vereinbart werden kann, daß „dem Erben der Nachlaß wie sein eigenes Vermögen gehöre",[4]) und daß „der

[1]) Eccius, a. a. O. S. 568.
[2]) Maenner, a. a. O. S. 283.
[3]) a. a. O. S. 283, 284.
[4]) a. a. O. S. 566.

Nachlaß für den Erben kein fremdes Vermögen sei."[1]) Es mag in diesem Zusammenhange noch auf die Worte Maenners hingewiesen werden:[2]) „Kein Schuldner kann einseitig seine Haftung auf bestimmte Stücke seines Vermögens einschränken." Warum wendet er diesen Satz nur an, wenn es gilt, das Entstehen von Nachlaßverbindlichkeiten zu bekämpfen; liegt es nicht ebenso nahe, ihn gegen die Entstehung von Privatverbindlichkeiten ins Feld zu führen? Denn auch der Nachlaß gehört — soweit es sich wenigstens um einen Alleinerben handelt — zum Vermögen des Erben, eine Tatsache, die gerade von Eccius und Maenner besonders betont wird.

Es dürfte also diesen Vertretern der zweiten Theorie nicht gelungen sein, auf die angegebene Weise von ihrer Meinung zu überzeugen.

II.

Von einer ganz anderen Seite sucht Wachsner[3]) dem Problem beizukommen. Zwar geht er von dem Sonderfall der Haftung des Erben für Geschäftsverbindlichkeiten aus der Schwebezeit des § 27 II HGB. aus. Doch haben seine Ausführungen auch für den allgemeinen Fall der Verwaltung des Nachlasses durch den Erben Geltung. Er geht folgendermaßen vor: Den Erben als solchen trifft eine Verbindlichkeit nur dann, wenn sie von dem Erbfall ihre Entstehung herleitet. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn man den Erbfall nicht hinwegdenken kann, ohne daß die Verbindlichkeit entfällt; — also die regelrechte Bedingungstheorie! — In diesem Sinne kausal, so meint Wachsner, ist der Erbfall aber nicht für die Geschäfte, die während der Schwebezeit des § 27 II HGB. eingegangen werden. Die Begründung, daß solche Verbindlichkeiten keine Nachlaßverbindlichkeiten sind, ist wörtlich folgendermaßen:[4]) „Auch wenn der Erbfall nicht eingetreten wäre, hätten jene Verbindlichkeiten in gleicher Weise begründet werden können, mit dem einzigen Unterschiede, daß sie in diesem Falle der Erblasser statt des Erben begründet hätte. Umgekehrt hätten die Geschäftsschulden auch trotz des Erbfalls nicht zur Entstehung zu gelangen brauchen, nämlich dann nicht, wenn der Erbe während der Schwebezeit keine neuen Verpflichtungsgeschäfte geschlossen hätte." — Abgesehen davon, daß es nicht unbedenklich ist, zu einer Entscheidung, die doch nach ganz anderen Gesichtspunkten gefällt werden muß, die nur im Strafrecht herrschende Bedingungstheorie heranzuziehen, ergibt sich nach dieser gerade das Gegenteil von der Wachsner'schen Entscheidung: Denkt man sich den Erbfall weg, dann entfällt auch die vom Erben eingegangene Verbindlichkeit; denn nicht er, sondern der Erblasser hätte das Geschäft geführt. Daß auch der Erblasser eine solche Verbindlich-

[1]) [2]) Maenner, a. a. O. S. 283.
[3]) a. a. O. S. 381 ff.
[4]) a. a. O. S. 382.

keit hätte eingehen können, ist ganz unerheblich. Denn erstens ist dies ungewiß, zweitens aber läßt die Möglichkeit, daß auch sonst — ohne Todes- und Erbfall — eine solche Verbindlichkeit hätte eingegangen werden können, die Tatsache ganz unberührt, daß der Erbfall für das Eingehen der Verbindlichkeit kausal geworden ist, und darauf kommt es doch allein an. Sein Ergebnis stützt Wachsner mit dem Hinweis darauf, daß es der Billigkeit und dem Interesse der Beteiligten entspreche. Wieweit das richtig ist, braucht im Hinblick auf das ohnedies falsche Ergebnis an dieser Stelle nicht untersucht zu werden. Bemerkt sei nur, daß bei vorliegender Frage kaum ein Schriftsteller, der sich um ihre Lösung bemühte, es unterlassen hat, die Billigkeit für sich sprechen zu lassen. Es ist dies immer ein Zeichen dafür, daß eine ausdrückliche Regelung im Gesetz fehlt, und daß der Betreffende selbst von seiner sonstigen Beweisführung nicht in dem Maße überzeugt ist, daß er auf Billigkeitserwägungen verzichten zu können glaubt.

III.

Fast ganz auf Interessenabwägung stellt Zahn ab. Es ist dies vielleicht der beste Weg, zum Ziele zu kommen. Eine andere Frage ist, ob tatsächlich Zahn eine den Interessen der Beteiligten entsprechende Lösung gefunden hat.

1. Er prüft zunächst die Interessen der Beteiligten, nämlich des Gläubigers, des Nachlasses, d. h. der auf den Nachlaß angewiesenen Nachlaßgläubiger, und des Erben. Dann sucht er aus der Abwägung der drei Interessen ein befriedigendes Ergebnis zu gewinnen.

a. Was das Interesse des Gläubigers betrifft, so führt Zahn[1]) folgendes aus: „Es ist davon auszugehen, daß die wirtschaftliche Verwendung einer Leistung auf den Bestand der Gegenleistung ohne Einfluß bleibt." **Beispiel:** Der Gläubiger gewährt einem Erben, der nach seiner (des Gläubigers) Meinung, eine „reiche Erbschaft" gemacht hat, Kredit, ohne daß dabei irgendwelche Beziehungen zum Nachlaß erwähnt werden. Verwendet der Erbe die Leistung nun für den Nachlaß, dann soll der Gläubiger auf den Nachlaß angewiesen sein; befriedigt aber der Erbe damit seine persönlichen Bedürfnisse, dann soll dem Gläubiger nur der Zugriff auf das Privatvermögen des Erben offenstehen.[2]) Dieses Ergebnis aber ist zu verwerfen. Denn es widerspricht allgemeinen Gesichtspunkten, und außerdem hat der Gläubiger keine Kontrolle über die Verwendung der Leistung.[3]) Auch wenn der Erbe beim Abschluß des Geschäfts die Beziehungen zum Nachlaß dem Gläubiger mitgeteilt oder wenigstens erkennbar gemacht hat, soll sich am Ergebnis nichts ändern, da das Interesse des Gläubigers hinreichend gewahrt sei, wenn ihm

[1]) a. a. O. S. 16 ff.
[2]) a. a. O. S. 17.
[3]) a. a. O. S. 18.

sein Kontrahent persönlich hafte.[1]) — Sollte aber wirklich nur der Nachlaß haften, dann müßten im Interesse des Gläubigers zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

1. müßte jedes Geschäft, wenn seine Beziehungen zum Nachlaß erkennbar gemacht werden, den Nachlaß belasten, denn der Gläubiger weiß nie, wann ein Geschäft ordnungsmäßig ist oder nicht; mit andern Worten auch ein Geschäft, das durchaus nicht in ordnungsmäßiger Verwaltung abgeschlossen ist, müßte jene Kraft haben. Diese Forderung ist aber nirgends befürwortet worden, auch nicht von Binder.
2. müßte dem Gläubiger ebenso wie demjenigen, der mit einem Nachlaßpfleger, -verwalter oder dem Konkursverwalter abgeschlossen hat (§ 224 Ziff. 5 und 59 K. O.) ein Vorzugsrecht vor den übrigen Nachlaßgläubigern verliehen werden. Auch dieses trifft nicht zu. Das Interesse des Gläubigers ist also am besten gewahrt, wenn der Erbe in jedem Fall persönlich haftet.

b. Im Interesse des Nachlasses, besser gesagt der Nachlaßgläubiger, die gegebenenfalls nur auf ihn angewiesen sind, liegt es, wenn sich der Erbe um ihn kümmert,[2]) da sonst die Gefahr besteht, daß der Nachlaß verfällt. Nun wäre es dem Interesse des Nachlasses an sich nicht abträglich, wenn er allein durch die ordentliche Verwaltung — und nur durch eine ordentliche — des Erben verpflichtet würde. Der Vertragsgegner des Erben aber wird nicht beurteilen können, ob die Verwaltung ordentlich ist oder nicht, ob ihm also der Nachlaß oder der Erbe persönlich haftet. Deswegen wird zwar der Erbe persönlich haften, der Nachlaß ihm aber auf andere Weise das Risiko der Verwaltung abnehmen müssen; und dies geschieht, indem der Erbe einen bevorzugten Ersatzanspruch erhält.[3])

c. Des Erben Interesse wäre am besten gewahrt, wenn er überhaupt nicht haftete.[4]) Daß er seine Haftung auf den Nachlaß beschränken kann, hält Zahn für möglich. Einmal sprächen keine „juristisch-technischen" Gründe dagegen, wie seit Ehrenbergs „beschränkter Haftung des Schuldners" allgemein angenommen werde.[5]) Dann aber wären auch keine Bedenken daraus herzuleiten, ob eine solche Haftungsbeschränkung auch den Nachlaßgläubigern gegenüber Wirksamkeit habe. Denn vom Standpunkte des Nachlasses sei gegen eine Verpflichtungsbefugnis durch **ordnungsmäßige** Verwaltungshandlungen nichts einzuwenden.[6]) Praktisch aber wird diese Möglichkeit dem Erben nichts nützen, da der Vertragsgegner, mißtrauisch gemacht,

[1]) a. a. O. S. 19, 20.
[2]) a. a. O. S. 23.
[3]) a. a. O. S. 24, 25.
[4]) a. a. O. S. 26.
[5]) [6]) a. a. O. S. 27.

sich kaum auf einen solchen Vertrag einlassen würde.[1]) Anders wäre es, wenn ohne besondere Vereinbarung nur der Nachlaß verpflichtet würde. Der Erbe wird sich also mit einem Erstattungsanspruch zufrieden geben müssen.[2])

d. Bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen sind nach Zahn zwei Verhältnisse zu beachten, das zwischen Erben und Nachlaß und dasjenige zwischen Erben und Gläubiger. Was das erste Verhältnis betrifft, so liegt es im beiderseitigen Interesse, daß der Erbe aus ordnungsmäßigen Verwaltungshandlungen keinen Schaden erleidet; im Interesse des Nachlasses deshalb, weil sonst der Erbe, wenn er nicht geschützt wäre, sich vor der Verwaltung des Nachlasses hüten würde, was unter Umständen zu dessen Schädigung führen kann. Es fragt sich nun, wie dieses Interesse mit dem anderen Interessenverhältnis, dem zwischen Erben und Gläubiger, vereinigt werden kann. Da in den meisten Fällen der Erbe zur Erbschaftsannahme durch selbstsüchtige Beweggründe bestimmt wird, ist eine einseitige Rücksichtnahme auf den Erben unangebracht, wenn er sich verspekuliert haben, d. h. wenn der Nachlaß zu gering sein sollte.[3]) Der Gläubiger verdient vielmehr mindestens den gleichen Schutz. Nach Zahn bieten sich für die Lösung zwei Möglichkeiten: Entweder persönliche Haftung des Erben, der seinerseits Ersatz verlangen kann, oder: Vorwegbefriedigungsrecht des Gläubigers aus dem Nachlaß — falls nämlich nur Nachlaßverbindlichkeiten entstehen — bei unbeschränkter Verpflichtungsbefugnis des Erben. Da diese unbeschränkte Verpflichtungsbefugnis für die Nachlaßgläubiger unerträglich ist, verdient die erste Lösung den Vorzug.[4]) Diese Lösung wird auch sonst dem Interesse beider am meisten gerecht. Entstände nämlich nur eine Forderung gegen den **Nachlaß**, dann wäre bei Nachlaßkonkurs der Gläubiger nur auf eine Konkursforderung angewiesen. Haftet aber der Erbe persönlich, dann erhält **er** bei Nachlaßkonkurs für seine Aufwendungen vor den Konkursgläubigern Befriedigung. (§ 224 Ziff. 1 K. O.) Geht anderseits der persönlich haftende Erbe in Konkurs, so kann sich der Gläubiger nicht beklagen, da jeder damit rechnen muß, daß sein Schuldner zahlungsunfähig wird.[5])

2. Schließlich sucht Zahn darzutun, daß seine Lösung mit den erbrechtlichen Bestimmungen übereinstimmt. Er beruft sich dabei auf den Wortlaut des Gesetzes und die Absicht des Gesetzgebers:

a. Aus § 1978 III BGB., der den § 670 entsprechend anwendet, während dieser wiederum mit § 257 zusammenzuhalten ist, ergibt sich: Der Erbe kann Aufwendungen ersetzt verlangen. Unter

[1]) a. a. O. S. 28.
[2]) a. a. O. S. 29.
[3]) a. a. O. S. 30, 31.
[4]) a. a. O. S. 31.
[5]) a. a. O. S. 32.

Aufwendungen versteht das Gesetz auch die Eingehung einer Verbindlichkeit. In diesem Falle kann also der Erbe Befreiung von der Verbindlichkeit erlangen. Das hat aber nur dann Sinn, wenn er persönlich belastet ist. Denn wie könnte jemand Befreiung von einer Verbindlichkeit verlangen, mit der er gar nicht belastet ist. Also stimmt der Wortlaut mit der gefundenen Lösung überein.

b. Auf die Absicht des Gesetzgebers sich zu berufen, ist nicht immer ganz unbedenklich. Denn wer will die Absicht der über die Gesetzesvorlage abstimmenden Abgeordneten, sofern sie eine solche haben, kennen? Unter „Absicht des Gesetzgebers" wird man aber meist das aus den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen selbst, so wie sie vor uns sind, erkennbare Zielstreben des Gesetzesganzen verstehen müssen, sonst ist es ein Unding, von einer „Absicht des Gesetzgebers" zu sprechen. In dem angegebenen Sinne spricht auch Zahn davon. Zum Beweise der Richtigkeit seiner Behauptung führt er u. a. folgende Stelle aus den Motiven an, die auf die im jetzigen § 1967 BGB. aufgezählten Nachlaßverbindlichkeiten Bezug nimmt:[1]) „Die beispielsweise Aufzählung stellt klar, daß diese Verbindlichkeiten nicht zu denjenigen gehören, für welche der Erbe persönlich, abgesehen von seiner Eigenschaft als Erbe, haftet, wie dies z. B. in Ansehung derjenigen Verpflichtungen zutrifft, welche in einem von dem Erben, sei es persönlich, sei es durch einen von ihm bestellten Vertreter, vorgenommenen Rechtsgeschäfte sich gründen, falls nicht etwa der Erbe bei Eingehung des Geschäfts sich die beschränktere Haftung vorbehalten hat." Es ist nicht klar ersichtlich, was Zahn damit beweisen will. Offenbar sieht er die in § 1967 nicht aufgezählten Verbindlichkeiten eben als solche an, für welche der Erbe persönlich haftet. Da diese letzte Ausführung Zahns, ebenso wie die anderen die „Absicht des Gesetzgebers" betreffenden Ausführungen an Bedeutung hinter seinen sonstigen zurückstehen, soll auf sie ohne Schaden für das Ganze nicht mehr eingegangen werden.

3. Zu den Interessenabwägungen ist zu bemerken: Sie sind durchaus beachtenswert und in der vorgebrachten Form originell. Allerdings ist nicht zu verschweigen, daß dort, wo das Gesetz schweigt, eigentlich immer Interessenabwägung stattfindet, um zu einer Entscheidung zu gelangen. Nur ist die Art und Weise, in der sie sich rein äußerlich vollzieht, durchaus verschieden. Während die einen den Gesetzestext solange zerren und pressen, bis er zu der von ihnen schon vorweg gefundenen Lösung paßt, verzichten die andern auf diese Versuche und geben zu, daß sie lediglich auf Interessenabwägung abstellen. Zu diesen gehört Zahn. Seine Darlegungen waren vor allem bestimmt und geeignet, jener Theorie den Todesstoß zu versetzen, nach der nur Nachlaßverbindlichkeiten entstehen. Daß sie

[1]) Motive V, S. 603.

aber nicht restlos geeignet waren, positiv für die Begründung der Zahn'schen Ansicht zu sprechen, mag dieser selbst gefühlt haben. In der Tat ist der von ihm hervorgehobene Gesichtspunkt der Billigkeit mit dem von ihm gewonnenen Ergebnis nicht gänzlich vereinbar. Denn nach Zahn soll das Interesse des Gläubigers gewahrt sein, wenn er einen Anspruch lediglich gegen den Erben hat. Fällt dieser in Konkurs, hat der Gläubiger nur eine Konkursforderung. Wenn man schon auf die Billigkeit abstellen will, dann muß man auch diesen Gesichtspunkt konsequent durchführen. Zahn aber macht auf halbem Wege Halt. Oder ist es etwa „billig", wenn der Gläubiger auf eine Konkursforderung gegen den Erben angewiesen ist, während ein reichlicher Nachlaß, zu dessen Erhaltung vielleicht gerade die betreffende Verwaltungshandlung gedient hat, vorhanden ist? Eine „unbillige" Konsequenz, auf die u. a. Kretzschmar[1]) hingewiesen hat. Daran kann sich auch dann nichts ändern, wenn Zahn dieser Konsequenz mit folgendem zu begegnen versucht:[2]) Wenn jemand ein Halsband kauft und dem Verkäufer mitteilt, daß er es seiner Geliebten schenken will, dann kann sich der Verkäufer, sollte der Käufer zahlungsunfähig werden, nicht an die nunmehrige Besitzerin des Halsbandes halten. Dieser Vergleich dürfte stark hinken, ja es fehlt vielleicht jeder Vergleichspunkt: In dem einen Falle zwei Rechtssubjekte, der Käufer und seine Geliebte, von denen nur eins mit dem Vertragsgegner in rechtliche Beziehungen tritt; in dem anderen Falle ein Rechtssubjekt mit zwei mehr oder weniger gesonderten Vermögensmassen. Beim Erben eine Verwaltungshandlung, im anderen Falle nichts dergleichen.

Wenn Zahn behauptet, Befreiung von einer Verbindlichkeit (§ 1978 III — 670 — 257 BGB.) kann nur der verlangen, welcher belastet, d. h. nach außen verpflichtet ist, so ist ihm zuzustimmen. Und daraus zu folgern, daß durch Verwaltungshandlungen persönliche Verbindlichkeiten des handelnden Erben entstehen, ist durchaus nicht abwegig. Ob allerdings aus Zahns Darlegungen und aus denen der anderen Vertreter der eben behandelten Theorie gerade gefolgert werden muß, daß nur und ausschließlich persönliche Verbindlichkeiten des handelnden Erben entstehen, kann durchaus bezweifelt werden. Es drängt sich vielmehr bei der Beschäftigung mit den zuletzt angeführten Ausführungen förmlich eine andere Konsequenz auf, eine Konsequenz, die schließlich gezogen wurde.

---

[1]) a. a. O. S. 481.
[2]) a. a. O. S. 20.

D.

Es läge nun nach der Behandlung der Theorien von der Entstehung von Nachlaßverbindlichkeiten und von Privatverbindlichkeiten nahe, die dritte Theorie anzuschließen, nach welcher Gesamtverbindlichkeiten entstehen. Vorher aber soll noch auf einige Ansichten eingegangen werden, die eine gewisse Zwitterstellung einzunehmen scheinen, insofern sie anscheinend zunächst für Gesamtverbindlichkeiten eintreten, streng genommen aber noch zu der Theorie von der Entstehung von Privatverbindlichkeiten zu zählen sind.

I.

1. Nach Leonhard[1]) entstehen bei Verwaltungshandlungen des Erben zunächst nur Privatverbindlichkeiten. Durch ausdrückliche Vereinbarung aber kann Haftung lediglich mit dem Nachlaß ausbedungen werden. Soweit auch Eccius und Maenner. Nach Leonhard aber soll außerdem der Erbe auch die Möglichkeit haben, neben dem Privatvermögen den Nachlaß mit zu belasten. „Denn er kann über den Nachlaß verfügen, deshalb muß er ihn auch verpflichten können."[2]) Abgesehen davon, daß diese Begründung nur beim Alleinerben Kraft hat, ist aus der Darlegung nicht mit Sicherheit zu erkennen, ob es einer besonderen Vereinbarung bedarf, wenn Gesamtschulden entstehen sollen. Man wird diese Frage bejahen müssen, da das Gegenteil mit keinem Worte angedeutet ist. In ähnlicher Weise stellt Endemann bei der Beantwortung der Frage, was für eine Verbindlichkeit entsteht, darauf ab, ob dem Vertragsgegner die Beziehung zum Nachlaß offenkundig geworden ist.[3])

2. Auch Molitor[4]) sieht als maßgebend die Vereinbarung zwischen dem Erben und seinem Vertragsgegner an. Nur dadurch unterscheidet er sich von der vorigen Ansicht, daß nach ihm zunächst, solange es zu keiner Absonderung gekommen ist, „selbstverständlich das gesamte den Nachlaß mitumfassende Vermögen des Erben haftet."[5]) Tritt aber Absonderung ein, d. h. wird die Frage — jedenfalls beim Alleinerben — erst brennend, dann sind die getroffenen Vereinbarungen maßgebend. Und wenn solche nicht getroffen sind? Dann entstehen

[1]) a. a. O. S. 78 ff.
[2]) a. a O. S. 78.
[3]) a. a. O. S. 845.
[4]) a. a. O. S. 307, 308.
[5]) a. a. O. S. 307; so auch Staub § 27 Anm. 28.

wahrscheinlich Privatverbindlichkeiten. „Denn das Gewöhnliche wird es immer sein, daß eine vom Erben eingegangene Schuld als in **eigener** Sache begründet angesehen wird."[1])

II.

Ausschlaggebende Bedeutung wird also den getroffenen Vereinbarungen beigelegt. Dadurch aber verlieren diese Darlegungen für das vorliegende Problem an Wert. Denn es muß nochmals betont werden (vgl. Ausführungen zu R. G. 62, 38 S. 25), das Problem ist *nicht*: Kann durch Vereinbarung nur eine bestimmte Vermögensmasse belastet werden, sondern es lautet: Was für eine Verbindlichkeit entsteht, m. a. W. welche Vermögensmasse haftet, wenn der Erbe ohne jede Erwähnung eines Haftungsobjekts Nachlaßverwaltungshandlungen vornimmt.

E.

Bevor der in der dritten Theorie zusammengefaßte Komplex von Meinungen behandelt wird, soll ganz kurz eine Bemerkung zu dem Begriff „Nachlaßverbindlichkeit" gegeben werden, denn es wird sich zeigen, daß er mitunter nicht eindeutig ist und so zu Mißverständnissen Anlaß geben kann.

I.

Daß zu den Nachlaßverbindlichkeiten die vom Erblasser herrührenden Schulden und die „den Erben als solchen" treffenden Verpflichtungen gehören, ist zur Genüge bekannt. Bisweilen kommt man mit dieser Einteilung jedoch nicht aus, nämlich dort nicht, wo man gewissermaßen von innen nach außen sieht, d. h. wo man vom Standpunkt des Nachlasses aus jede Verbindlichkeit, die bei seiner Verwaltung entsteht, mit der Frage betrachtet: Muß der Nachlaß wirtschaftlich dafür aufkommen? Von diesem Standpunkt aus sieht man als Nachlaßverbindlichkeit nicht nur eine solche an, aus welcher der Gläubiger unmittelbar einen Zugriff gegen den Nachlaß hat (bezw. bei welcher — als Kehrseite der Medaille — die Haftung auf den Nachlaß beschränkt werden kann), sondern auch eine Verbindlichkeit, für die der Erbe, mag er auch nach außen persönlich haften, gewissermaßen im Innenverhältnis vom Nachlaß Ersatz verlangen kann. In diesem — man möchte sagen weiteren — Sinne zählt Jaeger[2]) zu den Nachlaßverbindlichkeiten, die dem Erben selbst — nicht schon gegen den Erblasser, sondern — gegen den Nachlaß

[1]) a. a. O. S. 308.
[2]) Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs S. 62.

erwachsenen Ansprüche. Ebenso rechnet Kipp[1]) dazu die Ersatzansprüche des Verwalters auf Grund seiner Aufwendungen. Es muß also geschieden werden zwischen Nachlaßverbindlichkeiten gesehen vom außenstehenden Gläubiger, — dies der engere Begriff, und denen, gesehen vom Nachlaß, — dies der weitere Begriff. Es soll allerdings nicht geleugnet werden, daß jene Unterscheidung mit dem Aufkommen der Theorie von der Entstehung von Gesamtverbindlichkeiten an Wert verloren hat, ja sie wird beinahe überflüssig, wenn das Reichsgericht in einer noch heranzuziehenden Entscheidung aus dem Vorliegen eines Ersatzanspruches des Erben gegen den Nachlaß aus einer Verwaltungshandlung kühn folgert, daß dem Gläubiger des Erben aus dieser Verwaltungshandlung ein unmittelbarer Zugriff auf den Nachlaß zustehen müsse.[2]) Doch ist die Unterscheidung zum Verständnis manches Schriftstellers unentbehrlich.

II.

Schon bei der Theorie von der Entstehung von Nachlaßverbindlichkeiten konnte festgestellt werden, daß ihre ersten Vertreter keine sonderlich tiefen Begründungen aufzuweisen haben. Dies gilt auch hier.

1. Einer der ersten Vertreter ist Kreß.[3]) Das Problem ist allerdings noch nicht klar herausgearbeitet. Sein Gedankengang ist ungefähr der: Grundsätzlich können Miterben — dasselbe gilt wohl für den Alleinerben — keine Nachlaßschulden begründen. Ausnahmen sind im Gesetz ausdrücklich erwähnt, z. B. § 1968 BGB. In solchen Fällen entstehen nun keine Nachlaßschulden allein im eigentlichen Sinne.[4]) Denn neben dem Nachlaß wird auch das eigene Vermögen des Kontrahierenden belastet. Hier taucht der Gedanke der später sogenannten „Gesamtverbindlichkeit" auf, und es ist interessant festzustellen, daß dies zum ersten Mal bei Fällen geschah, die im Gesetz ausdrücklich als „Nachlaßverbindlichkeiten" geregelt sind. Trotzdem aber nimmt man auch jetzt im allgemeinen an, daß in diesen gesetzlich geregelten Fällen „Gesamtverbindlichkeiten" entstehen;[5]) so kraftvoll war anscheinend das Moment des persönlichen Vertragsabschlusses zwischen Erben und Dritten! Nicht ganz eindeutig sind allerdings die Darlegungen von Kreß, soweit er sich mit den Verwaltungshandlungen im allgemeinen, d. h. mit den nicht ausdrücklich im Gesetz geregelten befaßt. Er sagt zwar, daß Verwaltungsansprüche der Miterben „Nachlaßverbindlichkeiten"

[1]) a. a. O. S. 218.
[2]) R. G. 90, 91 ff.
[3]) a. a. O. S. 20 ff.
[4]) a. a. O. S. 23.
[5]) So OLG. 24, 81. Planck V, S. 136, 6 a. Kipp, Erbrecht § 73 II 2, S. 220. — a. M. anscheinend Recht 1910 Nr. 2575, doch scheint hier lediglich persönliche Haftung nur beim Überschreiten der Standesmäßigkeit angenommen zu werden.

bilden.[1]) Doch meint er damit Nachlaßverbindlichkeiten in dem oben gekennzeichneten weiteren Sinne und sagt daher nichts weiter, als daß die Miterben im Innenverhältnis Ersatz vom Nachlaß verlangen können. Was das Außenverhältnis betrifft, so haften nach Kreß die Miterben „natürlich" mit ihrem eigenen Vermögen, jedoch mit der Möglichkeit, die Haftung durch Vereinbarung auf den Nachlaß zu beschränken.[2]) Man wird wohl daraus schließen können, daß die nicht ausdrücklich im Gesetz geregelten Verwaltungshandlungen ebenso zu behandeln seien, wie die ausdrücklich geregelten, d. h. in beiden Fällen entsteht eine sogenannte Gesamtverbindlichkeit. Man wird wohl überhaupt nicht fehlgehen, wenn man sich die Entstehung der Gesamtverbindlichkeitstheorie — wenigstens in einer Wurzel — so erklärt: Gewisse durch den Erben vorzunehmende Verwaltungshandlungen (z. B. 1968 BGB.) erklärt das Gesetz ausdrücklich als Nachlaßverbindlichkeiten. Nichtsdestoweniger kann das Moment, welches in dem Vertragsabschluß zwischen Erben und Gläubiger, in dem Tätigwerden des **Erben** also, liegt, ausgeschaltet werden: Es entsteht — daneben — eine „Privat"-Verbindlichkeit des abschließenden Erben, mithin eine sogenannte Gesamtverbindlichkeit, eine Verbindlichkeit, für die in gleicher Weise Nachlaß und Erbenvermögen haftet. Was lag nun näher, als dieses für ausdrücklich im Gesetz geregelte Fälle geltende Prinzip auf die nicht gesetzlich geregelten, also auf Verwaltungshandlungen schlechthin, zu übertragen! Es ist dies ein Gedankengang, auf welchem dem Problem vielleicht beizukommen wäre.

2. Zu demselben Ergebnis kommt Strohal.[3]) Er unterscheidet bereits zwischen normalen oder reinen Nachlaßverbindlichkeiten und anormalen. Zu dieser letzten Gruppe rechnet er alle die, welche vom Erben selbst oder dessen Vertreter eingegangen sind. Bei anormalen Nachlaßverbindlichkeiten haftet der Erbe dem Gläubiger „ohne jede Rücksicht auf den Nachlaßbestand schlechthin unbeschränkt." Besorgt daher der Erbe die Beerdigung des Erblassers selbst, dann entsteht eine Gesamtschuld; wird sie von einem Dritten besorgt, dann hat dieser einen Erstattungsanspruch gegen den Erben, und dieser Anspruch ist eine Nachlaßverbindlichkeit im „technischen Sinne", d. h. es haftet nur der Nachlaß. „So muß es auch gerechterweise sein," sagt auch Kipp.[4]) Eine nähere Begründung für seinen Standpunkt gibt Strohal allerdings nicht. Ausdrücklich weist er die Vermutung zurück, daß man auf folgendem Wege zum Ziele gelangen könne. Der in Verwaltung des Nachlasses Handelnde (sei es der Erbe selbst, sei es ein Dritter) sei nach außen dem Gläubiger gegenüber lediglich

[1]) a. a. O. S. 49.
[2]) a. a. O. S. 49, insbesondre Anm. 16.
[3]) a. a. O. II, S. 178 ff.
[4]) a. a. O. § 73, S. 220.

persönlich verpflichtet, habe aber nach innen einen Ersatzanspruch gegen den Nachlaß (bzw. den Erben „als solchen", was auf dasselbe herauskommt). Weil nun ein Ersatzanspruch gegen den Nachlaß besteht, deshalb muß der Gläubiger Gelegenheit haben, gleich unmittelbar gegen den Nachlaß vorzugehen.[1]) Diese Andeutung mag hier genügen. Der erwähnte Weg ist später tatsächlich vom Reichsgericht eingeschlagen worden. Darüber weiter unten Ausführlicheres.

3. Daß aus Verwaltungshandlungen, die der Erbe selbst vornimmt, Gesamtschulden entstehen, nimmt auch Riesenfeld[2]) an; gleichgültig, ob es die Beerdigungskosten oder irgend eine andere Verwaltungshandlung betrifft.

III.

Eine Ausgestaltung erfährt die Strohal'sche Theorie durch von Breska.[3]) Auch er teilt die Nachlaßverbindlichkeiten in normale und anormale ein. Diese letzten entstehen nach v. Breska u. a. dann, wenn der Erbe selbst handelt, wobei zu bemerken ist, daß in diesem Falle an sich zunächst Privatverbindlichkeiten begründet werden. Ohne Zweifel entstehen aber außerdem Nachlaßverbindlichkeiten, wenn eine besondere gesetzliche Vorschrift darauf hinweist, z. B. § 1968 BGB. Fraglich ist es nun, ob eine solche anormale Nachlaßverbindlichkeit auch bei den nicht ausdrücklich geregelten Nachlaßverwaltungshandlungen, also in der überwältigenden Mehrzahl, entsteht, oder ob es in diesem Falle bei der Begründung von Privatverbindlichkeiten sein Bewenden hat. Von Breska beantwortet die Frage im ersten Sinne und begründet sie wie folgt: Aus der aus § 1978 zu entnehmenden Pflicht des Erben, den Nachlaß zu verwalten, ergibt sich sein Recht, Nachlaßverbindlichkeiten zu begründen.

1. Dies folgt nach seiner Meinung aus einem Vergleich des Erben mit dem Testamentsvollstrecker, der gem. § 2206 BGB. berechtigt ist, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. „Man wird", sagt von Breska, „ohne weiteres zugeben müssen, daß der Erbe mindestens ebenso gestellt sein muß, wie der Testamentsvollstrecker".[4]) Von Breska will also gewissermaßen durch einen Analogieschluß zu dem gewünschten Ergebnis kommen. Dagegen ist nichts einzuwenden. Jedoch soll bemerkt werden, daß man mit derselben Berechtigung aus § 2206 per argumentum e contrario folgern könnte; weil dem Erben im Gegensatz zum Testamentsvollstrecker die Berechtigung, Nachlaßverbindlichkeiten zu begründen, im Gesetz nicht erteilt ist, deswegen kann der Erbe Nachlaßverbindlichkeiten nicht eingehen.

[1]) a. a. O. S. 179 insbesondere Anm. 13. Ebenso Katzenstein a. a. O. S. 92.
[2]) a. a. O. I, S. 63.
[3]) a. a. O. S. 40 ff.
[4]) a. a. O. S. 41.

2. Durchaus beachtenswert dagegen ist der Hinweis auf die „Tendenz des Gesetzgebers, alle Rechtsgeschäfte, die der Erbe im Interesse des Nachlasses einzugehen verpflichtet ist, für Nachlaßverbindlichkeiten zu erklären".[1]) Denn besonders im Hinblick auf § 224 K. O. ist nicht zu leugnen, daß eine Anzahl Verwaltungshandlungen zu Nachlaßverbindlichkeiten erklärt werden, und warum sollen gerade die Verwaltungshandlungen des Erben davon ausgenommen sein.

IV.

1. Bei der Theorie, daß Gesamtverbindlichkeiten entstehen, wird die Doppelnatur der Verwaltungshandlung des Erben recht deutlich. Einerseits ist es doch schließlich ein Rechtsgeschäft des Erben, und dieser muß — allgemeinen juristischen Grundsätzen folgend — unbedingt persönlich haften; anderseits aber wird das Rechtsgeschäft im Interesse des Nachlasses vorgenommen. Daher muß auch dieser — aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus — haften. Das juristische und das wirtschaftliche Moment vereinigen sich gewissermaßen und lassen eine Gesamtverbindlichkeit entstehen. Mit besonderer Klarheit hat diese Doppelnatur der Verwaltunghandlung des Erben Crome[2]) erfaßt. „Wegen des wirtschaftlichen Zusammenhanges sind sie Nachlaßverbindlichkeiten" sagt er. „Allerdings läßt sich, insofern sie rechtsgeschäftliche Schulden und vom Erben gemacht sind, auch der gewöhnliche Gesichtspunkt nicht wegleugnen, daß die im eigenen Namen kontrahierte Schuld den Handelnden verpflichtet."

2. Auch Kretzschmar[3]) sagt, daß „der Umstand allein, daß es sich um ein bei der Verwaltung des Nachlasses vorgenommenes Geschäft handelt," daß also das wirtschaftliche Moment, „die persönliche Haftung des Erben nicht beseitige," m. a. W., daß das wirtschaftliche und juristische Moment beide gleichbedeutend seien. Einen anderen, sehr bedeutsamen Gesichtspunkt für die Entstehung von Gesamtverbindlichkeiten führt Kretzschmar an, wenn er die Billigkeit ins Feld führt. Entständen nämlich nur Privatverbindlichkeiten, wie Zahn will, der sich auch auf die Billigkeit beruft, dann würde der Gläubiger unter Umständen keine Befriedigung erhalten, obwohl der Nachlaß dazu ausreicht.

V.

Einen gewissen Abschluß hat die Entscheidung R. G. 90, 91 ff. gebracht. Hier wird der Standpunkt vertreten, daß durch ordnungsmäßige Verwaltungshandlungen des Erben Nachlaßverbindlichkeiten entstehen, daß sich aber auch der Erbe zugleich persönlich haftbar macht, falls nicht die persönliche Haftung, was allerdings selten

[1]) a. a. O. S. 42.
[2]) a. a. O. S. 579, 580.
[3]) a. a. O. S. 481

vorkommen dürfte, ausgeschlossen ist. Es entstehen also sogenannte Gesamtverbindlichkeiten.

1. Zur Erleichterung des Verständnisses der etwas komplizierten Darlegungen sei ihr Kern vorangestellt: Der Erbe hat gemäß §§ 1978, 1979 BGB. — § 224 Ziff. 1 K. O. einen besonders bevorzugten Ersatzanspruch gegen den Nachlaß für Aufwendungen bei dessen Verwaltung. Also muß für solche Verbindlichkeiten letzten Endes immer der Nachlaß aufkommen. Es ist daher nur sinngemäß, dem Gläubiger einen unmittelbaren Zugriff gegen den sowieso die Zeche bezahlenden Nachlaß zu geben.

2a. Die nähere Beweisführung ist wie folgt: Eine Annahme, daß sich die Nachlaßverbindlichkeiten auf diejenigen aus §§ 1967 ff. BGB. und § 224 Ziff. 3 und 4 K. O. beschränken, ist nicht richtig. Nicht nur diese Verwaltungshandlungen, die sich schon ihrer äußeren Natur nach als Nachlaßverbindlichkeitenzu erkennen geben, sondern auch andere fallen darunter, die dieses Kennzeichen nicht ohne weiteres an sich tragen. Eine Erweiterung des Begriffs ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 1978, 1979 BGB.: Der Erbe hat nach § 1978 III bezw. 1979 — § 670 für Verwaltungshandlungen nach Erbschaftsannahme einen Ersatzanspruch gegen den Nachlaß, wenn er die Aufwendungen den Umständen nach für erforderlich halten oder annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreiche. Diesem Anspruch ist obendrein der Charakter einer Masseschuld beigelegt (§ 224 Ziff. 1 K. O.). Der Nachlaß soll also auf jeden Fall die Aufwendung tragen. Ebenso kann der Erbe gem. §§ 1978 III — 670 — 257 Befreiung von einer Verbindlichkeit verlangen, die er in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist. Also auch hier bleibt, falls Separation eintritt, die Verbindlichkeit am Nachlaß hängen. Deswegen „ist es nur folgerichtig und als im Sinne der gesetzlichen Vorschriften liegend anzuerkennen, daß in diesem Verfahren auch der Gläubiger selbst ein Recht auf Berichtigung hat."[1])

b. Daß Nachlaßverbindlichkeiten entstehen, ergibt sich nach R. G. auch daraus, daß der Erbe „aus einer derartigen auftragsmäßigen Verwaltung keinen Schaden leiden soll", ferner daraus,

c. daß der Erbe für solche Verbindlichkeiten, die er in Verwaltung des Nachlasses eingeht, Ersatz- bezw. Befreiung verlangen kann. Denn entständen nur Privatverbindlichkeiten, dann könnte nach R. G. 90, 91 ff. kein Ersatzanspruch gegeben sein.

3. Zu den Ausführungen des Reichsgerichts seien folgende Bemerkungen gestattet, wobei die letztgenannten Gesichtspunkte als die offenbar weniger bedeutsamen vorweg behandelt werden sollen.

[1]) a. a. O. S. 95.

a. Nach Ansicht des R. G. könnte der Erbe keinen Ersatzanspruch nach § 1978 III BGB. haben, wenn er lediglich eine Privatschuld begründete. Das Bestehen eines Ersatzanspruches setzt vielmehr auch eine Nachlaßverbindlichkeit voraus, oder schärfer gesagt: nur aus dem Vorhandensein einer Nachlaßverbindlichkeit läßt sich ein Ersatzanspruch des Erben erklären. Zahn[1]) sagt aber gerade das Gegenteil: Nur aus dem Vorhandensein einer Privatverbindlichkeit läßt sich ein Ersatz- besser gesagt Befreiungsanspruch des Erben erklären. Um hierbei zu einem klaren Ergebnis zu kommen, muß man den Fall ausschalten, wo der Erbe eine Verbindlichkeit dem Gläubiger bereits bezahlt hat und für diese Zahlung Ersatz verlangt. Denn hier läßt sich sowohl das Bestehen einer Privatverbindlichkeit, als auch das einer Nachlaßverbindlichkeit mit einem Ersatzanspruche vereinigen. In beiden Fällen kann nämlich Ersatz verlangt werden, sowohl dann, wenn die Verbindlichkeit eine eigene, d. h. eine nur den Zahlenden selbst treffende Verbindlichkeit ist; z. B. ich miete eine Droschke, um einen Besinnungslosen ins Krankenhaus zu bringen; in diesem Falle bin ich aus dem Beförderungsvertrage allein verpflichtet, kann aber von dem Besinnungslosen Erstattung verlangen; als auch dann, wenn die Verbindlichkeit eine fremde ist; z. B. ich bezahle dem Boten des Buchhändlers die Bücher, die für meinen Bruder abgegeben werden; auch hier kann ich Erstattung verlangen. — Ist die in Frage kommende Verbindlichkeit dagegen noch nicht erfüllt, dann ist es klar, daß nur derjenige Befreiung von ihr verlangen kann, der mit ihr wirklich belastet ist. Oder anders herum gesehen: Kann jemand Befreiung von einer Verbindlichkeit verlangen, dann ist er **persönlich** mit ihr belastet. Das bedeutet für unseren Fall: Da der Erbe gem. §§ 1978 III — 670 — 257 BGB. Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen kann, muß er persönlich belastet sein. Nur aus dem Vorhandensein einer „Privat"-verbindlichkeit des Erben läßt sich also sein Befreiungsanspruch erklären. Der Beweisführung des Reichsgerichts kann also in **diesem** Punkte nicht gefolgt werden.

b. Ferner soll der Erbe durch seine Verwaltung des Nachlasses keinen Schaden leiden, und deswegen muß den Verbindlichkeiten aus Verwaltungshandlungen der Charakter von Nachlaß- (neben dem von Privat-) verbindlichkeiten zugebilligt werden. Es fragt sich aber, ob das wirklich so sein muß. Es müßte dann angenommen werden können, daß der Erbe dadurch besser gestellt würde. Man ist zunächst geneigt, dies zu bejahen, wenn man daran denkt, daß der Erbe bei Nachlaßverbindlichkeiten sein Privatvermögen dem Zugriff der Gläubiger mehr oder weniger entziehen kann (vgl. §§ 1975 ff. und 2059 I BGB.) Doch das gilt ja nur für sogenannte „reine" Nachlaßverbindlichkeiten, während es sich hier um „anormale"

[1]) a. a. O. S. 35.

Verbindlichkeiten, „Gesamtverbindlichkeiten", handelt. Hier ist eine Befriedigung aus dem Privatvermögen des Erben ohne weiteres möglich. Immerhin könnte eine Besserstellung des Erben schon darin erblickt werden, daß neben sein Privatvermögen nunmehr der Nachlaß als Haftungsobjekt tritt, daß also sein Privatvermögen nicht unter allen Umständen in Anspruch genommen zu werden braucht. Die Bewahrung des Erben vor Schaden zwingt daher nicht unbedingt dazu, neben die Privatverbindlichkeit eine Nachlaßverbindlichkeit treten, also eine Gesamtverbindlichkeit entstehen zu lassen.

c. Nun zu dem Kern der Ausführungen des Reichsgerichts. Wenn das Reichsgericht sagt, daß man dem Gläubiger selbst einen Anspruch gegen den Nachlaß zubilligen müsse, denn dem Erben müsse sowieso derselbe Betrag aus dem Nachlaß erstattet werden, so kann man dies, rein praktisch-wirtschaftlich betrachtet, wohl billigen. Denn es kommt auf dasselbe heraus, ob der Erbe dem Gläubiger zahlt, und aus dem Nachlaß entschädigt wird, oder ob aus dem Nachlaß gleich an den Gläubiger selbst geleistet wird. Juristisch aber ist diese Gestaltung nicht unbedenklich. Sie erinnert in gewisser Weise an die actio utilis de in rem verso, d. h. daran, daß jemand unter Umständen einen Anspruch gegen einen nicht am Vertrage Beteiligten erlangt; z. B. A. schließt mit B. einen Vertrag ab im Interesse des X., ohne aber von diesem dazu ermächtigt zu sein.[1]) Dann kann B. von X. die Leistung verlangen. Die Aufstellung einer Art von actio utilis de in rem verso, deren Bestand schon im gemeinen Recht nicht unbestritten war,[2]) wurde bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches abgelehnt. Die Motive[3]) verneinten das Bedürfnis, oder soweit sie es anerkannten, glaubten sie die Einführung ablehnen zu müssen, weil sich sonst verwickelte und unklare Rechtsverhältnisse ergeben könnten. Wenn aber das Reichsgericht trotzdem zu einem Rechtsbehelf gegriffen hat, welcher der actio utilis de in rem verso, nicht unähnlich zu sein scheint, so mag das gewisse Bedenken haben. Es ist aber nicht zu leugnen, daß das Reichsgericht mit seiner Entscheidung einem praktischen Bedürfnis entgegengekommen ist.

VI.

Die zuletzt vom Reichsgericht vertretene Ansicht ist die herrschende geworden[4]) und mit Recht, denn sie vereinigt die Vorzüge sowohl der Theorie, daß Nachlaßverbindlichkeiten entstehen, als auch

[1]) Sohm, a. a. O. § 88 III.
[2]) von Thur actio usw. S. V.
[3]) Motive II, S. 872.
[4]) Kipp, § 82, VI, 5, S. 62. Fischer-Henle § 1967, Nr. 5. Planck § 1967, Nr. 6, S. 134. RGRK., § 1967, Nr. 3, S 1616 Soergel, § 1967, Nr. 3 S. 1748. Warneyer, II, § 1967, IV, S. 1036. — a. M. anscheinend Staudinger, § 1967, II, 2, S. 160 (für Nachlaßverbindlichkeit im engeren Sinne).

der, daß Privatverbindlichkeiten entstehen, vermeidet aber beider Fehler. Daß in der Tat die Entstehung von Gesamtverbindlichkeiten bei Verwaltungshandlungen des Erben am vernünftigsten und zweckentsprechendsten ist, zeigt folgende Überlegung:

1. Strohal, insbesondere von Breska und auch das Reichsgericht in Band 90, 91 ff. gingen davon aus, daß Verwaltungshandlungen immer und in erster Linie Privatverbindlichkeiten begründeten, daß aber dazu aus gewissen Gründen, die bei den einzelnen Vertretern nicht immer gleich waren, Nachlaßverbindlichkeiten treten müßten. Es scheint nun mindestens ebenso berechtigt, den umgekehrten Weg zu gehen. Es gibt eine Anzahl von Verbindlichkeiten, die anläßlich der Nachlaßregulierung eingegangen werden, z. B. die Kosten der Todeserklärung des Erblassers, die Beerdigungskosten, die Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des Testamentsvollstreckers u. ä. Alle diese Verbindlichkeiten sind unbestritten Nachlaßverbindlichkeiten. Nun ist eine eigenartige Beobachtung zu machen: Je nachdem diese Verbindlichkeiten von einem dazu berufenen Verwalter z. B. Nachlaßkonkursverwalter oder Testamentsvollstrecker einerseits oder von dem Erben selbst anderseits eingegangen werden, ist ihre Behandlung verschieden: Im ersten Fall, dem des berufenen Vertreters, wird es niemand einfallen zu behaupten, der betreffende Verwalter begründe gleichzeitig eine „eigene", „persönliche" oder Privatverbindlichkeit. Denn er steht dem Nachlaß als fremder Dritter, als Verwalter, gegenüber. Anders dagegen beim Erben! Hier wirkt der Umstand, daß er das Rechtsgeschäft selbst abschließt, so stark, daß man um die gleichzeitige Entstehung einer „persönlichen" gewissermaßen „gewöhnlichen" Verbindlichkeit nicht herumzukönnen glaubt.[1]) Geht also der **Erbe** in Verwaltung des Nachlasses eine Verbindlichkeit ein, dann entsteht eine Gesamtverbindlichkeit. Das gilt zunächst für die im Gesetz ausdrücklich aufgezählten und als Nachlaßverbindlichkeiten angesehenen Verwaltungshandlungen. Es ist nun nicht einzusehen, warum das so gewonnene Ergebnis nicht auf Verwaltungshandlungen des Erben angewandt werden soll, die **nicht** ausdrücklich im Gesetz erwähnt sind. Die ausdrücklich aufgezählten Handlungen bezwecken eine ordnungsmäßige, dem Nachlaß dienliche Verwaltung. Sofern sich eine Verwaltungshandlung in diesem Rahmen hält, d. h. sofern sie ordnungsmäßig ist, muß sie auch dieselben Rechtswirkungen haben, d. h. Gesamtverbindlichkeiten erzeugen.

2. Auch vom Standpunkt der Interessenabwägung zwischen den Beteiligten ist das Ergebnis zu begrüßen. Vermieden wird hierbei insbesondere, daß dem Gläubiger ein Haftungsobjekt, das Privatvermögen des Erben, entzogen wird, das ihn vielleicht gerade zum Vertragsabschluß bewogen hat, (so bei Entstehung von reinen

[1]) vgl. auch Strohal S. 181.

Nachlaßverbindlichkeiten); daß ferner der Gläubiger, dessen Leistung dem Nachlaß zugute gekommen ist, nur auf den vielleicht mittellosen Erben angewiesen ist, (so beim Entstehen von Privatverbindlichkeiten). Schließlich werden auch — im Konkurse — die Nachlaßgläubiger bei Annahme einer Gesamtverbindlichkeit nicht geschädigt, im Gegenteil! Denn die Ersatzforderung des Erben für seine Aufwendungen in Verwaltung des Nachlasses ist eine Massesschuld, und dies ist für den Nachlaßgläubiger noch unangenehmer, als wenn mit ihren Konkursforderungen die eines Gläubigers aus einer Nachlaßverwaltungshandlung des Erben konkurriert.

F.

Festgestellt ist also, daß durch Rechtsgeschäfte, die der Erbe in Verwaltung des Nachlasses vornimmt, sogenannte Gesamtverbindlichkeiten entstehen; d. h. sowohl der Nachlaß als auch das Privatvermögen des Erben haften. Ohne Zweifel ist das aber nur dann der Fall, wenn die Verwaltungshandlung „ordnungsmäßig" ist. Die Richtigkeit dieser Einschränkung ergibt sich sowohl dann, wenn man — wie anscheinend auch R. G. 90, 91 ff. — davon ausgeht, daß zunächst nur Eigenverbindlichkeiten, außerdem aber unter Umständen auch Nachlaßverbindlichkeiten entstehen; als auch dann, wenn man der Meinung ist, daß in erster Linie Nachlaßverbindlichkeiten, wegen des persönlichen Abschlusses durch den Erben aber auch Privatverbindlichkeiten begründet werden. Die erste Meinung war davon ausgegangen, daß der Erbe wie ein Beauftragter Ersatz — und zwar in besonders bevorzugter Weise (vgl. § 224 Ziff. 1 K. O.) — aus dem Nachlaß verlangen kann. Daher muß, weil ja der Nachlaß sowieso die Kosten zu tragen hat, dem Gläubiger ein unmittelbarer Zugriff auf den Nachlaß gewährt werden. Ebenso nun wie der Beauftragte sich im Rahmen seines Auftrages halten muß, das Interesse seines Auftraggebers wahrzunehmen hat, um Ersatz verlangen zu können, ebenso muß der Erbe bei der Verwaltung ordnungsmäßig handeln, um einen Ersatzanspruch gegen den Nachlaß zu haben. Demgemäß wird der Gläubiger nur für ordnungsmäßige Verwaltungshandlungen einen unmittelbaren Zugriff haben. Zu demselben Ergebnis kommt man auf dem zweiten Wege: Gewisse Nachlaßverwaltungshandlungen (z. B. Beerdigung des Erblassers, seine Todeserklärung) werden im Gesetz als Nachlaßverbindlichkeiten bezeichnet, müssen aber, sofern sie der Erbe selbst vornimmt, auch dessen persönliche Verbindlichkeiten sein. Alle diese genannten Handlungen bezwecken eine Abwickelung der durch einen Todesfall entstandenen Aufgaben und sind so auch im Interesse des Nachlasses. Wenn man nun die Rechtswirkungen der ausdrücklich genannten Verwaltungshandlungen auf die nicht ausdrücklich genannten, also

auf die Verwaltungshandlungen schlechthin überträgt, dann darf man dies sinngemäß auch nur auf solche tun, die das Interesse des Nachlasses wahren, mit andern Worten die ordnungsmäßig vorgenommen werden.

Es fragt sich nun, ob das Erfordernis, die Verwaltungshandlung müsse — objektiv — ordnungsmäßig vorgenommen werden, genügt. Es wird nämlich auch die Meinung vertreten, daß die Beziehung der Verwaltungshandlung zum Nachlaß dem Vertragsgegner erkennbar werden müsse, sei es, daß der Erbe ausdrücklich erklärt, im Interesse des Nachlasses zu handeln,[1]) sei es, daß die Beziehung zum Nachlasse sonst erkennbar geworden ist.[2]) Dieses Erfordernis aber dürfte nicht vorzuliegen haben. Diejenigen, welche die Kundbarmachung der Beziehung erfordern, begründen es damit, daß eine Unterlassung der Kundbarmachung mit Rücksicht auf § 164 II BGB., der doch wenigstens analog angewandt werden müsse, bedenklich sei. Dieser Einwand ist jedoch nicht stichhaltig und zwar aus folgenden Gründen: Die Vorschrift des § 164 II BGB. hat den Sinn, den Vertragsgegner davor zu schützen, daß sich plötzlich sein Kontrahent darauf beruft, er habe ja gar nicht im eigenen Namen gehandelt, sondern in Vertretung des X., daß also nicht er, (der am Vertrage Beteiligte) hafte, sondern jener X., der vielleicht zahlungsunfähig ist. Die Gefahr, daß dem mit einem Erben Abschließenden auf diese Weise ein Haftungsobjekt — nämlich das Privatvermögen des Erben — entzogen werde, besteht nicht, da ja sowieso der Erbe persönlich und der Nachlaß haftet. Einen Sinn hätte der Einwand von § 164 II BGB. nur dann, wenn man der Theorie huldigte, daß ohne weiteres „reine" Nachlaßverbindlichkeiten entstehen (vgl. Binder und Scheye). So aber ist ein Schutz des Kontrahenten, also das Erfordernis der Kundbarmachung, überflüssig, da ja der Erbe sowieso hinreichend geschützt ist.

Es bleibt also dabei, daß — wie auch das Reichsgericht in der angezogenen Entscheidung sagt — „maßgebend für die Annahme einer Nachlaßverbindlichkeit der Umstand ist, ob die Verbindlichkeit vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist, ohne daß es entscheidend darauf ankommt, ob die Verbindlichkeit ausdrücklich für den Nachlaß übernommen ist, oder die Beziehung zum Nachlaß dem Geschäftsgegner erkennbar gemacht ist."[3])

---

[1]) So Leonhardt, § 1967. V B. 3. S. 78. R. G. R. K., § 1967 Nr. 3. So Soergel, § 1967 Nr. 3. Herzfelder, J. W. 1927, S. 1554. Neuerdings in Staudinger, § 1967, II, 2, S. 160.

[2]) So Endemann, Erbrecht § 109, IV, b, 3, S. 845. Molitor, S. 308.

[3]) R. G. 90. 95; so auch Borcherdt, S. 198 (de lege ferenda); Fischer-Henle § 1967 Nr. 5; Kipp, § 82, VI. 5, S. 261; Planck, § 1967 Nr. 6 S. 135; Warneyer, § 1967, 4.

Lebenslauf.

Am 4. Januar 1903 bin ich, Rudolf Jacob, als Sohn des Sattlermeisters Richard Jacob und seiner Ehefrau Auguste, geb. Groß, zu Brieg, Bez. Breslau, geboren. Von Ostern 1909 bis 1913 besuchte ich die Knaben-Mittelschule, von Ostern 1913 bis 1922 das Staatliche Humanistische Gymnasium zu Brieg, welches ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darauf erlernte ich in Brieg das Bankfach. Im November 1924 begann ich in Breslau das Rechtswissenschaftliche Studium, das ich am 5. und 6. Juni 1928 mit der Staatsprüfung beim Breslauer Oberlandesgericht abschloß. Am 28. Juni bestand ich das examen rigorosum. Augenblicklich bin ich beim Landgericht in Brieg beschäftigt.